Vorrede.

Ich übergebe hier dem Publico einen Theil meiner rechtlichen Gutachten, welche ich besonders nach der bey den Churfürstlich Sächsischen Constitutionen beliebten Ordnung zusammengestellet habe, in so ferne nicht neuerlich nach bereits angefangenen Drucke geschriebene, einige Abweichung veranlassten. Sie sind fast alle aus zweifelhaften zur Entscheidung hiesiger Iuristen-Facultät gekommenen Rechts-Fällen erwachsen. Und wie nicht alles, was bezweifelt wird, auch in der That zweifelhaft ist, denn im umgekehrten Falle müssten der bürgerlichen Streitigkeiten weit weniger seyn, so ist es wirklich zu bewundern, dass nicht nur viel Rechts-Fragen nach dem Gerichtsbrauche anders entschieden werden, als es der Sinn der Gesetze oder die rechtliche Analogie erfordert, sondern auch, ob gleich seit schon mehreren Hundert Iahren eben dieselben Gesetze uns zur Richtschnur dienen, noch immer nicht selten Fragen aufgeworfen werden, deren Beantwortung entweder gar nicht, oder nicht

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Ich übergebe hier dem Publico einen Theil meiner rechtlichen Gutachten, welche ich besonders nach der bey den Churfürstlich Sächsischen Constitutionen beliebten Ordnung zusammengestellet habe, in so ferne nicht neuerlich nach bereits angefangenen Drucke geschriebene, einige Abweichung veranlassten. Sie sind fast alle aus zweifelhaften zur Entscheidung hiesiger Iuristen-Facultät gekommenen Rechts-Fällen erwachsen. Und wie nicht alles, was bezweifelt wird, auch in der That zweifelhaft ist, denn im umgekehrten Falle müssten der bürgerlichen Streitigkeiten weit weniger seyn, so ist es wirklich zu bewundern, dass nicht nur viel Rechts-Fragen nach dem Gerichtsbrauche anders entschieden werden, als es der Sinn der Gesetze oder die rechtliche Analogie erfordert, sondern auch, ob gleich seit schon mehreren Hundert Iahren eben dieselben Gesetze uns zur Richtschnur dienen, noch immer nicht selten Fragen aufgeworfen werden, deren Beantwortung entweder gar nicht, oder nicht

gnügliche überzeugend, irgends wo gefunden wird. Und wie ich von jeher aus Ueberzeugung, daſs es Pflicht erfordre, gewohnt bin, die meiner Entſcheidung zugekommenen Streitigkeiten und Fragen nach natürlichen und bürgerlichen Rechten, oder in ſelbigen und der rechtlichen Analogie liegenden Folgen zu entſcheiden und mich hiervon durch abweichende Meinungen anderer nicht ableiten zu laſſen, ſo ſind mir mehrere erhebliche Zweifel aufgeſtoſsen, deren Erörterung nirgends zu finden iſt, und ich habe, wie man finden wird, mit Uebergehung derer, worüber gnügliche Aufſchlüſſe anderswo vorhanden ſind, eben dieſe am liebſten aufgenommen. Auch wird man, wie ich hoffe, es meinem Herrn Verleger nicht zur Laſt legen, daſs er wegen Verwandtſchaft der Materien zwo von mir in früheren Jahren geſchriebene Abhandlungen, welche vom Publico günſtig aufgenommen wurden, und deſswegen bald vergriffen waren, in dieſem erſten Theile aufgenommen hat.

Leipzig, den 31ten Octbr. 1800.

D. Heinrich Gottfried Bauer.

CON-

CONSPECTVS
huius Voluminis.

I. Commentatio.

De matrimonio conscientiae.

Cap. I. De essentia matrimonii.

§. I. Coniunctionis appetitus naturae conuenit.

§. II. Vagi coitus publicae saluti adversantur.

§. III. Hinc introducta a gentibus coniugia.

§. IV. Continuatio eiusdem argumenti, quo vaga libido hostis naturae demonstratur.
Falsa dicitur esse Triboniani de Iure Naturae definitio.

§. V. Ciceronis de Iure Naturae praeceptis matrimonium conuenit, quod definitur.
Grotii de matrimonio definitio improbatur.
Distinguendum est, occasione matrimonii, inter ius Diuinum, connatum hominibus, et reuelatum.

§. VI. Dubia quae nostrae de matrimonio definitioni repugnant, recensentur.

§. VII. Eaque dispelluntur.

§. VIII. Primarium ineundi coniugii finem non esse in libidine extinguenda ponendum demonstratur.

§. IX. Euitatio partus essentiae coniugii repugnat.

§. X. Natura homines non ad nascendos tantum verum alendos etiam et educandos liberos impellit.

§. XI. Naturae coniugii mutuum inter coniuges adiutorium conuenit.

§. XII. Ad essentiam coniugii praeter intentionem sobolis procreandae nihil pertinet.

§. XIII. Secundum praeceptum naturae perpetuitas ad essentiam coniugii haud requiritur.

§. XIV. Ius Diuinum reuelatum, quaedam ex iure Naturae haud perspicua coniugio propria fecit.

Cap. II. De matrimonii perfectione.

§. I. Non omnia iura et obligationes ex diserto, tacitoue alterius consensu deriuari patiuntur.

§. II. Sponsalia ad matrimonium viam parant.
Sponsaliorum definitio.

§. III. Sola voluntatis declaratione coniugium perficitur, quemadmodum ex naturae lege traditio dici nequit modus transferendi dominii.

§. IV. Quae de dominio dicta sunt, ad matrimonium applicantur.
Omnia iura coniugii perfectionem in consensum vtriusque partis conferunt.

§. V. Regulae in interpretandis legibus quae coniugii loquuntur perfectionem obseruandae.

§. VI. Cum iure Diuino conspirare videtur Ius Canonicum.

Qua-

Quatenus Ius Canonicum a iure Diuino recedat, exponitur.
Differentia, consensum sponsalitium inter, et matrimonialem, explanatur.

§. VII. Errores interpretum ex prioribus euincuntur.

§. VIII. Vera ratio discriminis huius exponitur.
Nouus error refellitur.

§. IX. Quatenus Ius Ciuile cum Canonico consentiat, et quatenus contra ab eo dissentiat.

§. X. Consensus Iuris Saxonici cum praeceptis huc vsque expositis.

§. XI. Vitia circa consensum obuenientia notantur.

§. XII. Num omnibus liceat matrimonio consentire, illudque adeo consensu suo perficere?

Cap. III. De matrimonio conscientiae in specie.

§. I. Variae vocis conscientiae significationes dantur.

§. II. Conscientiae descriptio in §. 1. matrimonio nostro haud conuenit.

§. III. Alia conscientiae significatio.

§. IV. Hertii de coniugio nostro definitio examinatur.

§. V. Willenbergii de eo definitio examinatur.

§. VI. Alia eius definitio suppeditatur.

§. VII. Coniugium nostrum a concubinatu differt.
Conciliatur Ius Canonicum.

§. VIII. Explicantur Leges Iuris Ciuilis, quae obstare nobis videntur.

§. IX. Alia differentia concubinatum intercedens nostrumque coniugium exponitur.
In multis haec duo amice conspirant.

§. X. Remouetur contradictio, nostrae distinctioni obiicienda.

§. XI. Aliae obiectiones propulsantur.

§. XII. Conscientiae matrimonium perfectum esse coniugium ex prioribus deducitur.

§. XIII. Recensentur quaedam nostri concomitantia.

§. XIV. Num salua conscientia nostrum contrahi possit, inquiritur, idque limitatur.

§. XV. Noua limitatio.

§. XVI. Alia additur limitatio.

§. XVII. Positis hisce finibus permitti priuato posse conscientiae matrimonium defenditur.

§. XVIII. Decis. Nouiss. Electoral. 31. exponitur primum membrum.

§. XIX. Eiusdem posterius membrum explanatur.

§. XX. Ex prioribus excellentia decisionis demonstratur, eaque cum nostris principiis conciliatur.

II. Commentatio iuris civilis.

De marito fundi dotalis domino.

§. I. Romani cives suos variis modis ad nuptias invitarunt.

§. II. Quo pertinent etiam iura dotium.

§. III. Definitur dos. Instituti ratio.

§. IV. Fundus dotalis in dominio vxoris esse dicitur.

§. V. Effectus dominii vxori in dotali fundo adſcripti.

§. VI. Idem ius civile maritum quoque fundi dotalis dominum dicit.

§. VII. Quo ipſo fatetur dotis cauſam transferendo dominio inſervire.

§. VIII. Nec inter qualitatem rerum diſtinguere licet.

§. IX. Nec deſtituitur effectu adſcriptum marito dominium.

§. X. Qualem ſiſtit rei vindicatio.

§. XI. Probatur, vindicationem, quae marito, reſpectu dotalis praedii, adſcribitur, eſſe actionem ex dominio reſultantem.

§. XII. Quod inprimis demonſtrat l. 23. C. d. Iur. Dot.

§. XIII. Nec obſtat l. 7. §. fin. D. de Diſtr. Pign.

§. XIV. Quod probatur.

§. XV. Eiusdem argumenti continuatio.

§. XVI. Olim pignoris conſtitutionem vera ſaepius comitata fuit alienatio.

§. XVII. Ex prioribus concluditur, a iure pignoris, ad vſumfructum, argumentationem haud procedere.

Ex quo colligitur, verum eſſe mariti in fundo dotali dominium.

§. XVIII. Quod etiam vſucapiendi conditione probatur.

Regulam: nemo plus iuris in alterum transferre poteſt, quam ipſe habet, non offendunt vſucapionis praecepta.

§. XIX Dominio ſuo acceptum refert maritus, vt poſſit pro dote vſucapere.

Nec vxoris nomine vſucapit ſed ſuo, quod potiſſimum l. 1. D. pro Dot. probatur.

§. XX. Quaeritur, an vſucapiat maritus, ſi ſponſus b. f. accepit, ſed ante nupitas novit, rem eſſe alienam.

§. XXI. Quod affirmatur.

§. XXII. Quaeritur, an reddenda ſit res, quam mulier, mala fide poſſeſſam, in dotem dedit, quamque maritus, ignorans alienam eſſe, vſucapit, et affirmatur.

§. XXIII. Dominium fundi dotalis, vſucapione a marito quaeſitum, mulieri etiam prodeſt.

§. XXIV. Maritus, ſciens, rem eſſe alienam, eam non vſucapit, etſi mulier vſucapionem coeperit.

§. XXV. Confuſio ſervitutis, quam dotale praedium efficit, itidem de dominio mariti teſtatur.

§. XXVI. Obiicitur ipſa natura confuſionem exiſtere debere, etſi vſufructu definiatur mariti ius.

§. XXVII. Quod probatur non procedere, quia civili, haud naturali, legi confuſio innititur.

§. XXVIII. Explicatur natura confuſionis, quam revocabile dominium peperit.

§. XXIX. Eaque vera probatur eſſe confuſio.

§. XXX. Redditur ratio confuſionis ex revocabili dominio oriundae.

§. XXXI. Huius disquiſitionis vtilitatem probat l. 7. D. de Fund. Dot.

§. XXXII. Titulus Digeſt. de Impenſis in res dotales factis, etiam evincit mariti dominium.

§. XXXIII. Exponuntur argumenta, quibus Donellus mariti dominium impugnat.

§. XXXIV. Donellus ad essentiam dominii veram iuris perpetuitatem falso exigit.

§. XXXV. Deinde alienandi facultatem falso exigit.

§. XXXVI. Accessiones, que semper dominium sequuntur, nec alienae sunt a nostro fundi dotalis domino.

§. XXXVII. Regula: accessorium sequitur suum principale, ad dominium, non ad alias affectiones morales pertinet.

§. XXXVIII. Fit ex praemissis conclusio, accessionum naturam probare mariti dominium.

§. XXXIX. Refutatur Donelli argumentum, quo dicit: maritum propterea non esse dotalis praedii dominum, quod non sibi illud habeat.

§. XL. Doli et culpae praestatio semper domino incumbit, si speciem alteri debet.

§. XLI. Denique dominio nostri nec leges obstant, quae mentionem tantum fructuum iniiciunt.

§. XLII. Summa rei.

III. Responsorum

Pars Prima.

I. De vera inter actus facultatis mere naturalis ac civilis differentia. Pag. 3

II. De discretionis, inter civile dispendium et poenam, interdum non indubiae, necessitate. 7

III. Pauli consilium, rapiendi occasionem, quae benigius responsum praebeat, ad criminalem potissimum iustitiam pertinere. 18

VI. Regula, in dubio benigniora esse praeferenda, interdum fallit. 30

V. Quibus limitibus retorsio Constit. fin. Part. III. concessa contineatur. 36

VI Quidam in consortio quodam constituti, etsi tres vel plures sint, et inter hos metalli fodinarum conditores et consortes vniuersitatem non constituunt. 41

VII. Documentum investiturae iudicialis a cautione pro expensis liberat. 43

VIII. Quod alias huius immunitatis causas lege non expressas exhibet. 45

IX. Ad §. 2. tit. 20. Ordinat. Proc. Sax. 47

X. Exceptiones a regula; documentorum originalia esse producenda. 51

XI. Quae documenta in iure impertinentia appellentur. 55

XII. Lex Iudiciaria in Ordinat. Recogn. Tit. 36. §. 5. in fin. vt, qui iusiurandum calumn. et relatum iurave-

raverit, ei impenſae proceſſus reſtituantur, patitur exceptionem. 58

XIII. Si ex documento in termino productionis vel reproductionis exhibito eodemque recognito nullum actori ius eſſe apparet, non interloquendum, potius lis rei abſolutione finienda eſt. 62

XIV. Debitor cambialis debitum confeſſus, niſi reddito cambio, ſolvere non tenetur. 64

XV. Quî, relicto proceſſu executivo, debitorem cambii iure perſequitur, ad reſtituendas impenſas ex illo proceſſu natas obligatur. 68

XVI. Norma in O. P. S. R. Tit. XI. §. 2. ac Tit. XXI. §. 1. praeſcripta non minus ad proſequendam, quam ad ſuſcipiendam probationem pertinet. 70

XVII. Iurisiurandi delatio, quae documento adverſatur, nil prodeſt, niſi dolus, qui documento cauſam dederit, obverti poſſit. 73

XVIII. Alia exceptio ex Edicto Praetoris, quod quisque iuris in alterum ſtatuit eodem ipſe vti obligatur, quod iurisiurandi delationem ſuſtinet. 76

XIX. Regula, quae liquidum cum illiquido compenſare non ſinit, in Proceſſu ordinario patitur exceptionem. 80

XX. In cauſa minorennis aliusve privilegiati petitio dilationis, exhibendae probationis cauſa, ſaepe conſultius intermittitur. 85

XXI. De effectu iurisiurandi delationis, qua reus ad firmandam exceptionem in disputatione ſuper libello vtitur. 87

XXII. De damno, quod per ineptam iurisiurandi delationis cum aliis probandi mediis cumulationem contrahitur. 90

XXIII. Exceptio a regula, quae iurisiurandi delatione, aliisque probandi mediis ſimul uti; prohibet. 91

XXIV. Deferendi iurisiurandi magis, quam probandi, venia reſtricta. 93

XXV Reconventio fert interdum exceptiones haud connexas. 95

XXVI. Num, qui in termino productionis abeſt, indiſtincte iudicandus ſit, probandi media deſeruiſſe. 97

XXVII. Inſtituto inepte proceſſu executivo, quanquam reconventioni locus denegandus eſt, reconventus tamen expenſas litis non recipit, ut hae potius compenſandae ſint. 102

XXVIII. Mortui deſignatio in concurſu creditorum haeredi prodeſt. 104

XXIX. Quod regulae, ſi vinco vincentem te, vinco te ipſum, iuſtos limites continet. 106

XXX. Quae Lex Iudic. Saxon. Tit. VI. §. 1. et repet. praelect. §. 1. de reconventione cavent, ad ſeparatam rei actionem non pertinent. 116

XXXI. Exorto concurſu creditori priuilegiato partialiter ſolutum ſorti inprimis imputandum eſt. 119

XXXII. De acqueſtu per operas vxoris. 123

XXXIII. Pacta dotalia, quae futurae coniugum successionis mentionem faciunt, statutariam successionem excludunt. 132

XXXIV. De iure vxoris in bonis receptitiis. 136

XXXV. Quatenus vxor sine curatore constituto se valide obliget. 144

XXXVI. Num civiles adulterii effectus desertionem sequantur. 148

XXXVII. A quo parente, facto divortio, liberi educandi sint. 153

XXXVIII. Etiam hodie quinque liberi a munere publico excusant. 157

XXXIX. Fructus industriales fundi filii familias, labore ante emancipationem peracto, non huic, sed patri cedunt. 158

XL. Legitimatio, quam ad patris preces tribuendae filio successionis legitimae causa Princeps largitur, an legitimi iura omnino tribuat. 160

XLI. Quod maritus impendit, ut uxoris fundum ab onere hypothecae liberaret, haeredes a vidua iure repetunt? 170

XLII. Quomodo super agnitione partus iurandum sit. 174

XLII. Vis praesumtionis, pater est, quem iustae nuptiae demonstrant, iustis limitibus circumscripta. 177

XLIV. Professio paternitatis a matre facta huic nocet, infanti non omnino. 183

LV.

XLV. Mortuo patre sui iuris eius liberis alimenta mater, eaque inope, avi ex vtraque parte aequo iure debent. 186

XLVI. Qui parentes alit, impensas propterea factas regulariter frustra repetit. 192

XLVII. Legitimationem per subsequens matrimonium nobilitatem Germanorum iure non restaurare. 196

COMMENTATIO I.

De matrimonio conſcientiae.

Qod plurimis obtingere ſolet, vt, quem emittunt, liber, vel alia tractatio, varias reprehenſiones incurrat, id equidem, qui nondum in publicum prodii, nequaquam defugere auſum. In eo tamen elaboraui, vt, qualiscunque haec mea diſſertatio, Tibi, candide Lector, ſi non ex aſſe probanda, certe non penitus abiicienda, ſed, primi ſpeciminis nomine, videatur eſſe admittenda. Quam ſi cenſuram, Viri optimi, ſummaque eruditionis laude egregie in republica litterarum conſpicui, haud mihi denegauerint, videbor mihi aſſecutus eſſe, quo adſpirare tironi fas eſt. Leuitatem thematis mihi obiectum iri, non vereor, qua reprehenſione ſola ea mihi digna videntur, quae nuda verſantur in contemplatione, et ne remotam quidem, neque in inſtruendo, neque in delectando altero, ſibi vindicant vtilitatem, adeoque, qua addiſcuntur laude, eadem negliguntur. A quo vitio thema noſtrum eſſe liberum, partim ipſa res loquitur, partim Viri celeberrimi, qui in eo pertractando operam ſuam collocarunt,

 et

et ad quos prouocasse iuuabit in ipsa tractatione, dedecerunt probatum, si etiam nostra disceptatio in eo euincendo parum feliciter profecerit. Id vero iustius forsan erit metuendum, ne id ipsum offendat, quod, ab aliis iam elaboratum, elaborandum thema sumserim, quibus forte crambem, terque quaterque coctam, recoquere et rursus apponere videbor. Sed nec hoc fecisse vnquam erubescam. Etenim quis ignorat, verissimum illud: *non esse idem, idem si duo faciant?* Quem fugit, hoc, si est quidem vitium, mihi cum omnibus pene eruditis esse commune? Quis denique facile propugnabit, artes liberales ad illud adscendisse fastigium, in quo constitutae superbiunt, si hanc sibi legem scripsissent omnes, omni tempore, eruditi, vt a pertractanda re, aliis pertractata, abstinerent? Quin potius, hoc ipsum, disciplinis illustrandis, amplificandisque, mirum, quantum inseruiuerit. Ad me vero excusandum, id etiam facit praecipue, quod multi quidem matrimonium conscientiae attingunt, sed, sicut canes Nilum. Traditis quippe generalibus, et communibus matrimonii praeceptis, diuersisque illius generibus recensitis, simul, quid de nostro sit habendum, mentionem aliquot verbis iniiciunt, eorum vero admodum exiguus est numerus, quos iuuit, peculiari tractatione, de natura eius et ratione disserere, vt, ne hos quidem, curate satis, et apte rei subiectae, scripsisse, adeoque, in exhauriendo themate, parum feliciter processisse, taceam. Mihi vero se illud, duplici praesertim nomine, commendauit, quod videbatur, et huic loco optime conuenire, et a meis studiis minime abhorrere. Grauiter enim peccare mihi videntur, qui eiusmodi disceptationem censurae Philosophorum submittunt, quae, ex alius disciplinae ambitu desumta, cum eo, vbi proponitur, loco, vel plane nullam, vel certe remotissimam agnoscit connexitatem.

CAP. I.

De eſſentia matrimonii.

§. I.

Coniunctionis appetitus naturae conuenit.

Neminem facile contradictorem inueniet CICERO, non minus ſubtilis Philoſophus, quam orator eloquens, qui *L. I. d. Off. c. 4.* coniunctionis appetitum, procreandi cauſa, et, quae procreata ſunt, eorum curam omnibus communem eſſe dicit animantibus. Quin BACO DE VERVLAM. *de Augm. Scient. L. VII. c. 2.* maiorem eſſe animantium, generandi, quam paſcendi putat voluptatem. Quae ſententia, licet, meo, quidem iudicio, non ſit omni ex parte vera, loquente contrarium vulgari illo: *ſine Cerere et Baccho friget Venus*; ei tamen ſubſcribendum eſſe puto, quatenus, amoris acerrimos eſſe, confirmat, ſtimulos. Mitto, rem veriſſimam, et a nemine vnquam, quantum quidem inter nos conſtat, in dubium vocatam exemplis, quae innumera exhibet hiſtoria, illuſtrare. Quam qui negaret, impius eſſet in ipſum creatorem, qui, hoc inſtinctu hominibus non indito, mundum creaturus fuiſſet aetatem hominis duraturam, ſcimus enim, quaecunque ſenſus incurrunt, hominis ergo eſſe creata. Ipſum itaque hunc appetitum coniunctionis, ad propagationem quippe neceſſarium, omnibus animantibus Deus indidit, eumque adeo nos homines, cum brutis, habere iuſſit communem.

§. II.

Vagi coitus publicae ſaluti adverſantur.

Quoniam vero, rationis participes, cauſas rerum videmus et conſequentia cernimus; vagos coitus, a qui-

quibus, vel animantia quaedam, praesertim inter volucres, abhorrent, publicae tranquillitati repugnare, turbatumque iri humanam societatem, si nemo patrem suum sciret, facile colligimus. Etenim, vt taceam, communionem, quam per se matrem nouimus discordiarum, vnde *nulla in aeternum est societatis coitio*, et, *ne a societate recedatur*, *inanis conuentio*, per *ll. 14. et 70. D. pro Soc.* plurimos, hac praesertim in re, vehementer auersari, quin turpem habere; quod praecipuum est, inprimisque saluti publicae, principi naturae legi, inseruit, educationem mirum quantum impediret, si mulieres omnibus copiam sui facerent, et vulgo quaererent infantes. Hanc enim molestam, saepiusque plurimos requirentem sumtus, tenerrimus parentum in liberos affectus vehementer adiuuat, qui, hoc admisso, quodammodo matres, patresque, nimirum incertos, penitus destitueret, et, licet idem in matribus resideret, cumprimis metuendum foret, ne sumtus eas ad educationem necessarii deficerent, ad quas tamen solas hoc onus redundaret, a patre propterea declinatum, ne, qui ex alio esset conceptus, educandum suis sumtibus curaret. Porro ex eiusmodi more bonorum dissipatio, si nemo adesset, cui nostra conseruari, vellemus, familiarumque adeo splendor interceptus resultaret. Et quae sunt innumera, id genus, alia, ex quibus quaedam recenset PVFFENDORFF. *I. N. et G. L VI. C. I.* §. 5. Quae, publicam dum laedunt societatem, simul naturae legem offendunt, qua, nosmet ipsos perficere, atque adeo, sociales esse, inprimis compellimur.

§. III.

Hinc introducta a gentibus coniugia.

Inde factum, vt, communi gentium applausu, qui coitus, absque praeuiis legalibus solennibus, exercerent

rent, non tantum peccare, verum etiam, poena ſatis graui, coërcendi eſſe viderentur. Neque id quidem inter eos tantum, qui Chriſto nomen dederunt, legibusque a Deo promulgatis imbuti ſunt, ſed non minus, quos, ſibi ipſis relictos, ex ſolo naturae lumine haurire oportuit, quid iuſtum eſſet. Ex quibus, ad ſolos Germanos, maiores noſtros, prouocare liceat, quos viritim ſingulis vxoribus contentos vixiſſe, teſtatur TACITVS *Germ. c. 18.* ſecundasque nuptias odio habuiſſe, implicite ibidem, non vulgari eorum laude, enarrat. Ex quo TACITI loco, vbi nimirum, ſolos fere barbarorum Germanos, ſingulis vxoribus contentos eſſe dicit, quamuis colligere liceat, reliquarum gentium longe diuerſam fuiſſe conſuetudinem, hoc certe ſolum apparet, alias gentes polygyniam non odiſſe, de qua dicere, hoc loco non eſt noſtri inſtituti, quaeque non inuoluit, eos, ex libidine ſola, vagos coitus exercuiſſe. Quod ipſum de Athenienſibus quidem refert ATHENAEVS, ſimul vero, a Cecrope belluinum hunc morem extirpatum, ab eoque, introducta lege nuptiali, id tributum ciuibus ſuis fuiſſe monet, vt, qui antea matrem ſolam nouerint, nunc patrem quoque ſalutare poſſent. Et quanquam Romani rebus illicitis fornicationem non accenſent, turpiter tamen facere meretricem agnoſcunt, quod ſit meretrix, *l. 4. §. 3. D. d. Condict. ob turp. cauſ.* dicitque TACITVS: meretrices ipſo pudore cruciari.

§. IV.

Continuatio eiusdem argumenti, quo vaga libido hoſtis naturae demonſtratur.
Falſa dicitur eſſe Triboniani de Iure Naturae definitio.

Satis demonſtraſſe mihi videor, vbi homo a natura fertur, ad ſui generis propagationem, ab eius ratione

abhorrere vagas inordinatasque libidines. Etenim, ad quod solo sanguinis aestu impellimur, quod, coeco impetu abrepti, committimus, quicquid contra nitatur rationis dictamen, id iuris naturae esse, propugnare potest nemo, nisi impius in Creatorem, quaque ab eo instructus est, sana ratione, indignus. Ex quo, sola ea recte iuri naturae dici, meo iudicio, possunt consentanea, in quae omnes consentiunt, siue, quibus nemo, ex solida ratione, potest dissentire, secundum notissimum illud: *qui suo iure vtitur, nemini facit iniuriam:* verbo: quae vinculo humanae societatis inseruiunt. Neque humano Principi, in constituendo iure, alius esse potest finis, si non proximus, certe remotus, quam, vt concordia in republica sua obtineatur, quod ipsum egregie confirmat VLPIANVS *l. 10. D. d. Iust. et Iure*, positis tribus iuris praeceptis: *honeste viuere*, *alterum non laedere*, *suum cuique tribuere*, quo redeant omnes leges. Et haec omnia, licet aliis exprimantur verbis, hoc vnicum sibi velle credenda sunt, vt humanae societatis culturam nobis commendent. Ex quibus facile veritatem definitionis, quam TRIBONIANVS *Pr. Inst. d. Iur. Nat. Gent. et Ciu.* de Iure Naturae nobis insinuat, quaque illud esse dicit, quod natura omnia animalia doceat, possumus diiudicare. Quo loco vocabulum iuris TRIBONIANO facultatem legibus concessam denotare, eumque adeo, subdito alio huius verbi sensu, excusari non posse, satis clare innuit contextus, eidemque §pho insertae iuris gentium civilisque notiones. At enimuero in eum nequaquam ius cadit, qui, quodcunque agit, intermittere nequit, cuique propterea, neque bonitas, neque malitia imputari potest vlla, quemadmodum comparatas esse bestias nemo ignorat. Longeque aliter rectiusque CICERO iudicat *L. I. d. Offic. C.* 4. verbis: *ab initio id nobis cum brutis commune est, vt vitam corpusque tueamur,*

mur, quae noxia videantur, fugiamus, quae necessaria, anquiramus, deinque, paucis interiectis: *sed hominem et belluam hoc maxime interest, quod haec tantum, quantum sensu movetur, ad id solum, quod adest, quodque praesens est, se accommodat, paululum admodum sentiens praeteritum, aut futurum. Homo autem, quod rationis est particeps, per quam consequentia cernit, causas rerum videt, earumque progressus, et quasi antecessiones non ignorat, similitudines comparat, et rebus praesentibus adiungit, atque annectit futuras: facile totius vitae cursum videt, ad eamque degendam praeparat res necessarias.*

§. V.

Ciceronis de Iure Naturae praeceptis matrimonium convenit, quod definitur.
Grotii de matrimonio definitio improbatur. Distinguendum est, occasione matrimonii inter ius Divinum, connatum hominibus, et revelatum,

His praeceptis penitus respondet maris cum foemina coniunctio, sobolis procreandae causa, quae matrimonii appellationem accepit. Cuius aliam definitionem GROTIVS nobis exhibet, *d. I. B. et P. L. II. C. 5. §. 8. n* 2. vbi *talem illud cum foemina maris cohabitationem nominat, quae illam constituat, quasi sub oculis huius et custodia.* Adeoque vir, nostris laudibus longe superior, imperium aliquod in vxorem tribuit marito. Cui sententiae, indistincte posse subscribi, haud crediderim. Scilicet duplici ratione distinguo, et quidem primo, ab innato Diuino iure, sacris litteris promulgatum separo. Hoc enim si respicimus, probatur sententia GROTII, *v. 16 Genes. III.* eandem corroborante. Sin vero in illo subsistimus, distincte ordinateque vt procedamus, iterum, quae ius naturae constituit, ab

iis, quae permittit, siue, quod idem est, essentialia matrimonii ab eius accidentalibus, vel quod concedam, naturalibus, quae dico, diuturno vsu seruata, quoniam rei, in qua versamur, convenire videbuntur, erunt secernenda. Largior, essentiae matrimonii non adversari eam conventionem vel consuetudinem, quae caput familiae maritum constituat. Quod ipsum non inique, ex eo, impugnatur, quod nouimus, amori coniugali nihil magis, quam coactionem, et per hanc, omne imperium resistere. Sed hoc mittam. Id solum vrgeo, hanc mariti qualitatem a notione coniugii non esse indissolubilem. A sola quippe corporis forma tam insigne marito ius tribuere, iniquum, aequiusque putaverim, si quid alteri, prae altera, dandum videatur, ex ingenii id excellentia, quam in vxore haud raro deprehendimus praestantiorem, esse metiendum. Non, vt propugnem, ipso Iure Naturae, eam coniugum partem, cuius excellunt animi dotes, caput familiae existere, sed, si cui maior auctoritas pacto sit constituenda, huc videri respiciendum. Neque aliquid contra me efficiet, qui ex obseruantia, inter omnes gentes recepta, quaeque solam fortasse inter Amazones, si credere fas est, exceptionem agnoscit, Grotianae sententiae veritatem defendet. Hanc enim totius mundi consuetudinem ab expressa Summi Numinis, publicata lapsis hominibus lege, quam supra adduxi, indeque enato hoc praecipuo mariti iure, quod, quale a maioribus acceperant, posteri quoque continuarunt, petendam, ex hoc inquam fonte deriuandam esse, non, ex innato quodam Diuino iure descendere, arbitror. Quam sententiam ipsa Diuina constitutio confirmat, qua non opus fuisset summo Legislatori, si ipsius hominis naturae consentanea fuisset eiusmodi inter coniuges subordinatio. Vt ne mentionem quidem faciam experientiae quotidianae, nobis paulo accuratius intuen-

tuentibus, quae oculis nostris obuersantur, multos obiicientis maritos, sub iugo vxorum ingemiscentes, et, contra earum nutum, ne hiscere quidem ausos, quantumuis lex Diuina vxoris dominum constituat maritum, eumque familiae caput et rectorem nullus non confirmet Legislator humanus.

§. VI.

Dubia quae nostrae de matrimonio definitioni repugnant, recensentur.

Haec igitur sunt, quae mihi persuaserunt, si sola respicimus Iuris Naturae praecepta, non posse admitti Grotianam coniugii descriptionem. Quam si coniunctione maris et foeminae ad sobolem inita procreandam absoluimus, aeque minus res dubio vacat. Etenim non deerunt, qui nobis obiiciant, hanc Deum naturam largitum fuisse homini, vt, quodcunque susciperet, susciperet promouendae felicitatis suae animo. Hunc esse omnium humanarum actionum vltimum finem, in eoque omnes, pariter, qui summa industria ingenii vires excoluerint, pariterque, qui incultas eas reliquerint, inuicem conuenire, licet aliis alii, obtinendi huius finis ergo, mediis, plurimique parum felici vtantur successu. Quibus effici putabunt, non omnium eundem esse debere finem nuptias contrahentium, summo quippe alius bono in molli, luxuriosa, plenaque libidinis vita, alius, in diuitiis corradendis, alius denique, in consequendis honoris titulis constituto, quo videlicet, praecipue obtentum iri felicitatem suam, arbitretur, adeoque matrimonium per societatem maris et foeminae, summae vtriusque felicitatis promouendae causa coalescentem describi, et inprimis, loco verborum: *procreandae sobolis:* extinguendae libidinis causa, malent substitui. Quae sententia, si parum curiose,

 quod

quod res eſt, conſideramus, in ipſo Diuino effato, quod *Geneſ. II. 18.* occurrit; patrocinium inuenire videtur. Etenim, quo ipſo Deus eam ob cauſam creaſſe fatetur mulierem, vt habeat maſculus, quae ipſi ſocia ſit et adiutrix, videtur ſoeminam propterea viro adiunxiſſe, vt eius felicitatem augeret.

§. VII.

Eaque diſpelluntur.

Sed, quam haec vera ſint, inſcripto nobis pariter, atque promulgato Diuino iure, conſideremus. Hoc ſcilicet clementiſſimus Creator homini dedit, has animi vires, vt agnoſcat partim, ſe, quod exiſtat, alii debere, partimque, quibus vſibus inſeruiant aeque corporis ac animi vires, et affectus, quibus inſtructus eſt, et quibus mouetur, et, ob quam cauſam haec ipſi fuerint conceſſa a ſupremo totius mundi moderatore, intelligat. Haec inter non poteſt non ſibi conſcius eſſe appetitus coniunctionis cum ſexu ſequiore, et amoris, quo vehementius erga mulieres, quam ſui ſimiles impellitur. Hunc adeo, ab effectu facile dignoſcet, ipſi propterea a ſuo autore eſſe inditum, ne genus humanum hominis morte interiret. Alia enim omnia, quae, ex indiuidua duorum coniunctione, obvenire homini commoda poſſunt, maſculus aeque facile, quam mulier maſculo praeſtare poſſet, niſi quod, ipſe inſtinctus corpori inſitus animos coniugum ſibi invicem, mirum, quantum conciliet. His conficitur, maris et foeminae ſtabilitam eo animo coniunctionem, vt haec titulis ornetur, conſequatur ille diuitias, huius faſtui illiusque auaritiae conſulatur, denegato ſimul alteri ab altero officio coniugali, licet contra naturam non eſſe, quod ipſum tamen eſt dubium, concedatur, aeque minus matrimonii recipere appellationem, atque,

illud

illud inter duos masculos coalescere non posse, facile omnes mecum consentient. Nam, quid aliud essentiam huius societatis constitueret, cum, hoc excepto, alia omnia vir viro praestare officia posset, nisi aliud inter gentes recepta ferret consuetudo. Et quid, hoc misso, opus fuisset omnium rerum autori sexuum diversitate.

§. VIII.

Primarium ineundi coniugii finem non esse in libidine extinguenda ponendum demonstratur.

At quae hactenus disputata sunt, nondum probant, principem ineundi matrimonii finem in extinguenda lilibidine non esse collocandum. Qui non solum optime cum natura conuenit, cui nec masculus assequendo, absque admisso nefario, et in sacris litteris notato, quin ab ipsis Gentilibus abominato v. PLIN. *Lib. X. C. 63.* scelere, est idoneus, sed, quem praeterea multos sequi, inde colligi potest', quod, in educandis liberis, opibusque, fauore eorum, parcendis, tam remissos videmus saepius parentes, et, quod est praecipuum, multos ducere vxores, quibus vix ipsis, nedum liberis quoque sustentandis, videantur pares. En argumenta, extirpandae, inter matrimonii fines, sobolis procreationi, haud profecto paria. Quod ab experientia ducitur, minime propterea meretur calculum, quod ex iis, quae fiunt, quae legibus conueniant, petere non licet. Quis facile, quod exemplo fit, si viderit Principes Imperii legibus repugnantia committere, propugnauerit, quae in fundamentalibus Imperii legibus ab eius ciuibus violata inueniuntur, non esse Iuris Publici. Id equidem non suscipio, vt contra D. PAVLI, *I. ad Corinth. VII. v. 2* effatum, peccare eos propugnem, qui, vt sedentur sanguinis tumultus, coniugium ineunt,

vt

vt tamen ſimul, haud negligi ſiue euitari debere ſobolis procreationem, demonſtrem. Obligatum enim hominem, ſana ratione praeditum, cenſere debeo, vt conſideret, quid permouerit creatorem, vt ipſi tam acres, ſaepiusque vix compeſcendos, in ſexum ſequiorem inderet ſtimulos. Hic ſane aliam cauſam inueniet nullam, quam humani generis propagationem. Quemadmodum nemo ſapiens ibit inficias, comedendi appetitum dediſſe Deum homini, quia naturam noſtram eam eſſe iuſſit, quae cibo ad ſui ſuſtentationem indigeret, nequaquam vero, ex quo guloſos deſpicimus, vt, in paſcendo ventre, plurimum tempus collocemus, omnia corpori tribuamus, animo nihil, et, quo haec redeunt, inutilia terrae pondera euadamus. Si alia veneris eſt ratio, cur laſciuos compellari erubeſcimus, cur TACITVS *Germ. 19.* honori tribuit maioribus noſtris, quod *ſepta egerint mulieres pudicitia*, *pauciſſima in gente tam numeroſa adulteria*, *et ſera iuuenum Venus fuerit.* Et ſi hic pudor receptae, praeter naturam, a gentibus conſuetudini eſt tribuendus, cur minus moratae, caetera nudae, genitalia tegunt, cur protoplaſti, veſtimentorum ignari, idem ficulnea fronde ſibi praeſtiterunt, ſi non pudorem eius rei, minus permiſſae, Deus ipſe humano indidit pectori?

§. IX.

Euitatio partus eſſentiae coniugii repugnat.

Summa rei eo redit: non eſſe turpe, quia naturae conuenit, vt ſanguini fiat ſatis, uxorem ducere, ſed, quia ſummi auctoris noſtri hac in re intelligimus intentionem, non poſſe diſplicere effectum, cui cauſa placuit, adeoque grauiter peccare, et non multo leuius homicidio crimen committere, pariterque coniuges appellari nulla ratione poſſe, qui partus conceptionem

nem editionemque arte impediunt. Adiicit calculum huic meae sententiae GRATIANVS, *pr. qu. II. C. XXXII.* et AVGVSTINVS ibid. *c. 6.* Videtur quidem GRATIANVS sibi contradicere, dum *cit. qu. II. pr.* dicit: *quod autem non sit uxor, quae sola causa incontinentiae ducitur, hinc videtur probari posse, quia coniugium propagationis, non explendae libidinis, causa, a Deo institutum est: Haec namque fuit benedictio coniugii, crescite et multiplicamini.* Deinde vero ad *can. 5. eiusd. qu: sic e contrario datur intelligi*, inquit, *de iis*, qui coniugali affectu sibi copulantur, *quod etiamsi non causa procreandorum filiorum, sed explendae libidinis conueniunt, non ideo fornicarii sed coniuges appellantur.* Haec vero eius verba, *can. 5.* subiecta, ad eos pertinent, quibus in contrahendo matrimonio principaliter quidem libidinem extinguere est animus, non tamen simul prolem euitare. Hanc esse *Gratiani* mentem, apparet ex verbis subsequentibus; *probatur hoc idem auctoritate Augustini*, quippe cui debetur *c. 6.* statim subsequens, in quo de eodem argumento disceptatur, an scilicet matrimonium dici possit inter eos, qui libidini extinguendae conuenerunt, de prole parum solliciti, quam tamen euitare haud cupiunt. Quod affirmat AVGVSTINVS, et recte. Nam, qui posthabita huiusce coniunctionis causa, faciles soli affectui praebent aures, easdemque rationis voci obstrepunt, crimine lasciuiae, quantumuis mariti sint, esse compellandos propugno, siquidem lasciuiam appellamus coecam instinctui erga sequiorem sexum habitam obedientiam, nulla Diuinae voluntatis habita ratione.

§. X.

§. X.

Natura homines non ad nascendos tantum verum alendos etiam et educandos liberos impellit.

Hanc vero non in eo tantum poni, ratio docet, ut homines propagentur, et, per hoc, mundus conseruetur, sed, quia sic homines comparauit, vt, absque exhibitis vicissim officiis, miserrimam vitam viuerent, ipsisque infantibus, absque auxilio ab aliis praestito, esset intereundum, hoc ipso coniuges ad alendam, et ita, vt reipublicae vtilem se exhibere aliquando posset, educandam obligauit sobolem, iisque hunc, saepe molestissimum laborem, amore erga natos, (ex quo descendere amorem dicunt,) indito non dicam leniuit, sed ita dulcem reddidit, vt, etiamsi non assisteret lex ciuilis, eundem sponte in se susciperent parentes. Loquimur de eo, quod fit plurimum, neque adeo curamus, qui tantum in luxuria et ferocia profecerunt, vt humanitatem ipsam abiurarent. Quo illa, quae in exponendis infantibus versabatur, Romanis quondam cognita pertinet consuetudo. Quae aliam minus quidem inhumanam, ipsam tamen eiusmodi, vt de ea erubescendum esset generi humano, peperit, qua partum vendere, et per hoc in seruitutem dedrudere licuit v. HEINECC. *Antiquitt. L. I. Tit. IX. §. 5. 9.* et HVBER. *Digress. L. II. C. 5.*

§. XI.

Naturae coniugii mutuum inter coniuges adiutorium conuenit.

Necessitas alendi et educandi eius, quem procreauimus, quam humani generis ratio nobis imponit, deinde ipsa conuiguii natura, animorumque, certe quo tempore haec societas initur, conspiratio, siue amor, qui

qui tenerrimus esse solet, sexus erga alterum alterius, genuit mutuum adiutorium, illudque adeo proprium huic nostro reddidit, vt ab eo ne separari quidem posse videatur. Et nobis quidem Christianis, per dictum Diuinum, *Genes. II. 18.* dubitare non licet, naturam hominis monuisse Deum, vt ei sociam et adiutricem iunxerit, videtur tamen mihi quidem, certe hoc tenor verborum innuit, id fecisse, magis, ut felicitati hominum consuleret, quam, vt matrimonii essentiam, in mutuo personarum diuersi sexus adiutorio, simul cum intentione sobolis propagandae collocaret. Adeoque, quia inter naturale et essentiale alicuius negotii multum interest, mutuo exhibitum a coniuge coniugi adiutorium, quod ius Romanum *indiuiduam vitae consuetudinem, omnis vitae consortium. §. 1. I. d. P. P. l. 1. D. d. R. N.* dicit, cum natura quidem huius coniunctionis amice conspirare, ad essentiam eius vero nequaquam pertinere, existimo, ex quo conficitur, qui simpliciter, absque certa determinatione, inierunt matrimonium, ad ea officia omnia sibi inuicem praestanda teneri, quae ex mutuo eiusmodi adiutorio promanant, pactum vero, negotio matrimoniali adiectum, vt separatam quisque retineat vitae rationem, (quod separatam dicunt oeconomiam) solus maritus nascituros fortasse filios, filiasque sola vxor educandas curet, et quae sunt id genus alia, essentiae matrimonii nihil detrahere.

§. XII.

Ad essentiam coniugii praeter intentionem sobolis procreandae nihil pertinet.

Apparet ex his, praeter mutuam corporum deditionem sobolis procreandae causa, a duabus personis diuersi sexus sibi factam, nihil amplius requiri in constituenda matrimonii essentia. Cui egregie respondet mos

mos ille, Romanis quondam vſitatus, cuius mentionem TACITVS facit *Annall. L. XI. C. 27.* et GELLIVS *N. A. L. IV. C. 3.* vt nimirum ſolennes nuptias contracturi, coram cenſore, iurare cogerentur, ſe prolis ſuſcipiendae cauſa vxores ducere. Nullum itaque in perſonas, ad procreandum ineptas, cadit matrimonium. Sed an propterea cum viro generandi viribus deſtituto indiuidua vitae conſuetudo iniri nequeat, quod verius, quia nec obligatio adeſt nubendi in tanta hominum multitudine, nec paucitas metuenda foeminarum, vt vel ipſe D. PAVLVS *I. ad Corinth. C. VII. v. 38.* coelibatum prae coniugio commendet, negari duco, adeoque iniuria homines ab eiusmodi ſocietatis vinculo repelli, intactum relinquo, lubentiusque de polygamiae ratione dicere ſuperſedeo, quae, liceatne, an vetita ſit, nemo Iuris Naturae praeceptor tacet. Vt tamen, quid de ea ſentiam, declarem, reiecta polyandria, polygyniam admitto. Rationes innumeri alii exponunt.

§. XIII.

Secundum praeceptum naturae perpetuitas ad eſſentiam coniugii haud requiritur.

Eius rei breui erit mentio facienda, dum in eſſentiam coniugii ex iure connato inquiritur, ſalua haec eſſe ceſſet, an minus, ſi non in omnem vitam illud, ſed in certum tempus inire conuenerit. Qua de re ita ſtatuo. Melius in perpetuum duci vxorem, haud neceſſario. Scilicet ex eo, inter alia, et inprimis quidem, abſtinendum eſſe a vaga libidine, vnumque maſculum foeminae iungendum eſſe vni, excluſo penitus altero, ſupra vidimus, ne proles incerta fiat, et per hoc educatio reipublicae inprimis vtilis, imo vero, ſecundum rationem generis humani, vehementer neceſſaria negligatur. Saneque, huic rei melius proſpici, videri poteſt individua

vidua coniugum conſuetudine, quam ea certo tempore terminanda. Ad quem vero finem conſequendum plures viae ducunt, ille vt ad eandem ſemper adſtringatur, non video, quid impellat. Neque intelligo, quid poſſit liberis metuendum videri, ſi fuerit conuentum, vt, rupto, ex vtriusque conſenſu, coniugio, vel pater filios filiasque mater, vel ditior coniux liberos curaret omnes. Quid porro magis naturae eſt conſentaneum, quam *ea ratione quodlibet diſſolui, quo coaluit*, *l. 35. D. d. R. I.* quam iuris regulam, ad matrimonium diſerte adplicat IOH. CHRYSOSTOMVS *c. 4. C. XXIII. Qu. II.* vbi: *omnis res, per quascunque cauſas naſcitur, per easdem diſſoluitur; Matrimonium enim non facit coitus, ſed conſenſus, et ideo non ſoluit ſeparatio corporis, ſed ſeparatio voluntatis.* Quam ſententiam in ſe veriſſimam, diuertendi licentia, inter omnes propemodum gentes, quin Iudaeos nimium frequens, indeque a Deo omnino hominibus denegata, v. MATTH. *C. XIX. v. 8. 9.* abunde confirmat. Quoad Romanos elegans et iocoſum illud IVVENALIS, in *Sat. VI.* huc pertinet:

Cur deſiderio Bibulae Sertorius ardet,
Si verum excutias, facies non vxor amatur,
Tres rugae ſubeant, et ſe cutis arida laxet,
Fiant obſcuri dentes oculique minores,
Collige ſarcinulas, dicet libertus, et exi,
Iam grauis es nobis, et ſaepe emungeris, exi
Ocyus, et propera, ſicco venit altera naſo.

Nec minus acerbum Senecae: *Numquid iam vlla repudiis erubeſcit, poſtquam illuſtres quaedam, ac nobiles foeminae, non conſulum numero, ſed maritorum, annos ſuos computant, et exeunt matrimonii cauſa, nubunt repudii.* De aliis gentibus, ab hoc more aeque minus alienis, v. STRYCK. in *Vſ. Mod. Pand.* ad *Tit. d. Divort.*

2

vort. et Repud. Idem tacite confirmat TACITVS *Germ.* vbi Germanos, inprimis ob feuera, et casta eorum coniugia, laudat, iisque, inter alia, hoc tribuit laudi, quod cum spe votoque vxoris semel transigant.

§. XIV.

Ius Diuinum reuelatum, quaedam ex iure Naturae haud perspicua coniugio propria fecit.

En, quae mihi de essentia coniugii, secundum praecepta Iuris Naturae, considerati, idonea dici, adeoque definitioni, supra §. 5. suppeditatae, subiici videbantur necessaria. Cum tamen hic subsistendum haud sit Christiano, sed ex alio simul fonte hauriendum, id est, quid sacrae teneant litterae, considerandum, quas mutasse partim quodammodo, partim auxisse coniugii formam, deprehendimus. Explicauimus §. 5. Naturae praeceptis matrimonium, aequalem inter marem et foeminam innuere societatem, nec illi in hanc vllum tribui posse imperium. Ita tamen Deo placuit, vt marito vxorem subiiceret, eamque illius iussibus obsequi iuberet, Genes. III. 16. Vnde, si ab initio maritus id promisisset, vt, quod Deus ipsi tribuisset, sibi abdiceret, quod procedet, quia fauori suo quilibet renunciare potest, non quidem tolli credo matrimonii notionem, attamen illud vehementer irregulare fieri nullus dubito. Caeterum id sibi persuadere nemo debet, esse imperium, quod marito tribuitur, eiusmodi, quale est domini in ancillam, vt potius amore mutuo, animorumque consensu, coniugibus indito, satis luculenter Deus demonstrauerit, velle sibi illud hoc tantum; familiae directionem ad maritum pertinere potissimum, indeque si dissentiant coniuges, in mariti voluntate vxori esse adquiescendum. Deinde considerauimus §. 13. naturam nullum agnoscere praeceptum, quod solutioni

tioni coniugii, in quam quidem vterque coniux consenserit, resistat. Iure Gentium non quidem receptum fuisse, vt ad certum tempus nuberetur viro, id vero inualuisse, vt ab eo recedere alteri, altero etiam inuito, permitteretur. Quod ipse humani generis autor, concedens aliquid peruicaciae Iudaeorum, inter hos ipsos permiserat *Matth. V. 31. XIX. 8.* verum, quia diuertendi licentia neque naturae coniugii, neque primae illius institutioni respondet, eam penitus saluator noster exulare iussit. *Matth. V. 32. XIX. 9.* eoque ipso indissolubilitatem ad essentiam coniugii pertinere voluit. Adeo, vt nemini, ne Principi quidem, soluendi illius facultatem reliquerit, quemadmodum explicanda sunt verba *v. 6. eiusd. Cap. XIX.* Quae enim regula traditur in humanis legibus interpretandis; lege non distinguente, non esse interpretis distinguere, multo seruanda est diligentius, siquidem in Diuinis versamur praeceptis, adeoque, cum *cit. v. 6.* in genere hominem prohibeat, rumpere foedus nuptiale, aeque minus Principis, quam priuata, auctoritate diuortia esse admittenda, manifestum est. Sancte hanc legem seruauit, ad eamque respexit, *Rec. Imp. de anno 1548. Art. 21. §. 8. 9.* qui ex eodem argumento, ob neglectum parentum consensum, solui non debere nuptias liberorum disponit, suppeditatis simul aliis modis, quibus posthabitae, quam parentibus debebant, reuerentiae, violataeque pietatis poenas dare cogerentur, suoque exemplo, cautius mercari, docerent alios. Coniuncto itaque cum praeceptis Naturalibus Diuino iure, matrimonium est indiuidua maris et foeminae, ad sobolem procreandam, coniunctio, quae, sua natura, mutuum adiutorium inducit, viroque in mulierem imperii quoddam genus tribuit.

CAP. II.

De matrimonii perfectione.

§. I.

Non omnia iura et obligationes ex diserto, tacitoue alterius consensu deriuari patiuntur.

Vidimus hactenus de essentia coniugii. Non minus e re esse videtur, considerare, quid ad eius constitutionem pertineat, et ex quo haberi debeat perfectum. Nouimus, homines per naturam suam esse liberos, nulliusque alterius potestati et arbitrio subiectos, adeoque nemini ius esse in alterum, nisi ex eius consensu certe praesumpto. Non enim omnes obligationes, quae diserte declarato destituuntur consensu, ex tacito deduci posse persuasum habeo, quantumuis ita PVFFEND. *d. Offic. Hom. et Ciu. L. II. C. I.* §. 8. censuisse cui concedere haud possum imperium Parentum in liberos ex tacito horum consensu oriri, quemadmodum ibid. *Cap. III.* §. 2. propugnat. Quippe infantis vix dum editi, qui, nemine contradicente, intellectu destituitur, nullum equidem mente concipere valeo consensum, mihique nec tacite consentire potest, qui palam consentire nequit, quod verbis fiat, aliisue, testantibus consensum, signis, quemadmodum in muto, perinde est. Quin dubium videtur, praesumi de infante consensus possit, an minus, siquidem non entis, vt loquar cum Metaphysicis, nulla sunt attributa, adeoque verosimile, quia consensus infantis vere nullus est, neque in eum cadere praesumtionem. Sed erit vtique distinguendum inter id, quod vere seu actu, et quod potentia tantum existit, et, cum de rebus, quae sperantur, vtantur latini verbo *praesumere*, apparet, minus inepte dici, imperium paternum niti in consensu sobolis praesumpto.

ſumpto. Quod idem eſt, ac ſi dixeris, propterea recte Parentibus tribuitur imperium in liberos, quia hi cenſendi ſunt non adſpernaturi id, ſi intellectu eſſent inſtructi, quo reiecto ipſis eſſet pereundum. Praeſumtus vero liberorum conſenſus an vnicum imperii huius ſit fundamentum, non curo, quippe rem ab inſtituto meo alienam, quaeque de eo attuli, non attuli, vt aliquid probarem, ſed, vt id ſolum demonſtrarem, non omne ius in alterum ex huius diſerto tacitoue conſenſu promanare.

§. II.

Sponſalia ad matrimonium viam parant. Sponſaliorum definitio.

De hominibus autem perfectae aetatis, quibus ſana mens eſt in corpore ſano, dici vix poteſt, alterum alteri obligari, niſi vterque in ius ſet obligationem vel conſenſiſſet, vel facto, ſe conſentire, declaraſſet. Facile autem apparet, nobis de iis obligationibus eſſe ſermonem, quas perfectas vocant Philoſophi. Non poteſt igitur non matrimonium, quod uidimus vtrique coniugi in alterius corpus ius quoddam tribuere, adeoque ſimul eos viciſſim ſibi obligare, pactum, quod anteceſſerit eiusmodi coniunctionem, et quo conſenſum ſuum vterque impertitus fuerit, ſupponere. Hoc pactum, quo in matrimonium conſentiunt mas et foemina, ſponſalia ſueuit appellari, quae per *mentionem* et *repromiſſionem futurarum nuptiarum* deſcribit Ius Romanum *l. 1. D. de Sponſall.* vt appareat, verba quaedam ſolennia huic negotio accedere ſiue ſtipulatione illud abſolui ſueuiſſe. Teſtem huius rei habeo GELLIVM *Noct. Att. L. IV. C. 4.* Nobis vero Germanis tricas iſtas animis acutam ſubtilitatem ridentibus, nudisque pactis validam obligationem actionisque producendae

 effica-

efficaciam non denegantibus, minus conuenire hanc ſponſaliorum definitionem, ſed melius ea pacto deſcribi, quis non intelligit, praeſertim, cum in praeceptis naturalibus examinandis, demonſtrandisque praecipue verſemur.

§. III.

Sola voluntatis declaratione coniugium perficitur, quemadmodum ex naturae lege traditio dici nequit modus transferendi dominii.

Quo ſi pacto id agitur, vt ſtatim conſentiant partes in matrimonium, neque in futurum tempus differant, perficitur illud, id eſt, vterque, ad exhibendum alteri coniugale officium, obligatur, et vtrique adeo ius in alterum quaeſitum eſſe intelligitur. Quemadmodum dandae rei noſtrae voluntate declarata, etiamſi nullus acceſſerit actus externus, qui traditio audit, illius dominium in accipientem tranſit, ſiquidem de Iure Naturae diſceptamus, vti recte obſeruauit GROTIVS *L. II. C. VIII.* §. *25.* et ab omni dubio vindicauit PVFFEND. *in Annott.* ad eiusd. *L. II. C. II.* §. *1.* Eadem ratione dubium non eſt, matrimonium perfici ſolo conſenſu, absque accedente actu aliquo externo. Et quis tam iniurius eſſet in homines ratione praeditos, vt nihil perfectum habendum eſſe exiſtimaret, niſi appareret, et, vt ita dicam, oculis cerni poſſet. Quin ipſi rerum naturae ſaepius repugnat, traditionem ad translationem dominii requirere. Etenim, vt exemplo vtar, aedificia manibus capi haud patiuntur. Nec putauerim, eſſe difficilius, cogitare, dominium dandi accipiendique animo declarato ab altero ad alterum tranſiiſſe, quam, interueniente re corporali, e. g. clauibus, earumque traditione hoc eſſe factum. Potius, qui traditionem ad abſoluendam dominii translationem exigunt,

gunt, veras rerum notiones confundere mihi videntur, et quod constituti dominii effectus erat compellandus, non enim est dubium, qui rem suam alteri vendidit vel donauit, obligari, vt eam cum omnibus, quae inhaereant, emptori vel donatario suo cedat, eiusque arbitrio submittat constituendi dominii modum dicere. Non igitur talis Iure Naturae inter titulum siue causam et modum transferendi dominii datur differentia, qualem nobis insinuant Iuris Ciuilis auctores, et rectius, quod Romani iustam adquirendi dominii causam dicunt, id ipsum tribuere dominium adeoque dominii adquirendi modus dicitur. Hoc enim fatetur Ius Ciuile, traditione, quae causa; dominio transferendo, inseruiente destituitur, nequaquam transferri posse dominium, quod ex commodato, deposito, pignore, locatione aliisque luculenter apparet. Quodsi igitur per se traditio non gaudet effectu dominii transferendi, quidni haec vis venditioni, donationi, in dotem dationi, (et quae sunt reliqua eiusmodi) potius ipsi sit tribuenda, adeoque vindicatio emtori etc. concedenda, etiamsi traditio nondum fuerit secuta, non intelligo. Quia tamen inter causam dominii transferendi, idque, quo adquiritur dominium, vere interest, pretium, vt inhaeream venditioni, vel fauorem personae, si quidem in donatione alioue lucrandi modo versamur, causam esse dico transferendi dominii, ipsique venditioni, permutationi, donationi, in dotem dationi, transferendi dominii vim tribuere, quantumuis nulla dum accesserit traditio, nullus dubito. Certe igitur in eo peccarunt Iuris Romani statores, quod naturalem, dominii transferendi, modum dixerunt esse traditionem, quam causa transferendi dominio inseruiens praecesserit.

§. IV.

Quae de dominio dicta sunt, ad matrimonium applicantur.

Omnia iura coniugii perfectionem in consensum vtriusque partis conferunt.

Neque alia est ratio matrimonii, in quod qui consenserunt, declinare non valent, quae essentia et natura huius coniunctionis ab iis postulant. Et quanquam, vt modo dixi, in translatione dominii, praeter consensum contractu expressum, Ius Romanum actum externum desiderat, hac tamen in re nobiscum consentit, quod aperte constat ex *l. 30. D. de R. I.* Et quid hoc mirum, si quidem ex consensu meo *ius alteri quaesitum inuito extorqueri non posse*, et, *quod placuit, non posse displicere*, siue, *consilium suum, in alterius iniuriam, mutare posse neminem*, *l. 75. D. d. R. I.* verbo: *pacta seruanda esse, neque, nisi mutuo consensu, vlla ratione posse dissolui*, *l. 35. d. R. I.* ne lippos quidem tonsoresque praeterit. Vnde nihil video, quod resistat, quominus perfectae dicantur nuptiae, si ea fuit mens paciscentium, vt sibi mox, ab ipso tempore conventionis, essent coniuges, neque id egerunt, vt sibi, ad excludendum alterum, mutuam darent fidem, de coniugio, quamprimum vel masculi vel masculi conditio, vel temporis ratio, vel remotum aliud impedimentum permitteret, consummationem, ineundo. Quo facto, vel etiam nulla temporis conditionisue mentione iniecta, dummodo appareat, animum non fuisse coniugii statim inchoandi, sed, vt sibi mutuo solum se obstringerent, ne fortasse tertius spem alterius desponsandi interciperet, dici non potest, adesse coniugium, sed sperari, adeoque cum personis desponsatis, non coniugibus nobis rem esse. Qui vero in praesens coniugium, neque temporis interuallo, neque conditione ad-

admissa, consenserunt, sibi inuicem hac ipsa declaratione fieri coniuges, et natura ipsa, quod mihi videor abunde demonstrasse, docet, et Sacrae Pandectae, *Deuter. XXII v. 23. 24.* confirmant, et Romani pariter atque Pontificii iuris agnoscunt auctores *c. l. 30. D. d. R. I. l. 15. d. Condit. et Demonstr. c. 25. X. d. Sponsal.*

§. V.

Regulae in interpretandis legibus quae coniugii loquuntur perfectionem obseruandae.

Et quamuis nullus ex allegatt. textt. vel obscuritate aliqua prematur, vel duplicem admittat significationem, adeoque insigne robur nostrae afferat sententiae, non defuere tamen, quibus ea, Diuino pariter, atque humano vtroque iure, videretur dubia. Credo ex neglecta triplici distinctione. Etenim, si primo perfectionem coniugii, ab eius consummatione, siue coniugem iuris intellectu, ab eo, qui actu et exercitio talis est, deinde id, quod est vere, ab eo, quod vsu loquendi tale dicitur, denique quod est perfectum, ab ipsius perfectionis probandae ratione diligenter separamus, et quouis textu nobis oblato huc respicimus, quae nobis antea sibi contradicere et conciliari non posse videbantur, nobisque, quam eramus amplexi, mox dubiam iterum faciebant sententiam, deprehendemus, amice inter se conspirare. Hinc nihil contra cit. *v. 24. Deuter. XXII* efficiet *v. fin. C. XXIV. Genes.* vbi Rebecca ex quo domum deducta fuerat, Isaaci vxor dicitur. Ex quo secundum praemissam distinctionem primam et secundam colligere non licet, eam antea nondum fuisse talem, quantumuis negandum non sit, vtramque partem antea ratum habuisse coniugium. Scilicet hic vulgaris loquendi vsus obseruatur, ibi vero ius constituitur, cuius haec est sententia: *consensu perficitur*

coniugium. Idem diserte confirmat *Matth. I. v. 18. 19. 20.* vbi Iosephus Mariae coniux dicitur, antequam domum deducta vxor consummatumque fuerat coniugium. Quae si inuicem committuntur, elucet nostrae sententiae veritas, qua coniugem iuris intellectu tamen, ab eo, qui actu et exercitio in matrimonio versatur, discernimus, siquidem eandem *Matth. cit. l.* sponsam et vxorem nominat, sponsam scilicet, vt loquendi vsum obseruet, qui vxores fieri putat solennibus externis, quippe peracta domum a sponso deductione, vxorem vero, vt coniugii perfectionem ex consensu vtrinque declarato denotet oriundam.

§. VI.

Cum iure Diuino conspirare videtur Ius Canonicum.
Quatenus ius Canonicum a iure Diuino recedat, exponitur.
Differentia, consensum sponsalitium inter, et matrimonialem, explanatur.

Hanc Diuini iuris rationem respicere videtur *Ius Canonicum*, *c. 1. 2. C. XXVII. Qu. 2. c. 25. X. Sponsall. c. 3. d. sponsa duor.* Quin omnibus propemodum canonibus et capitulis, matrimonium, solo illius statim ineundi consensu, absolui, demonstrat, vt vel prohibeat matrimonium, tanquam incestuosum, cum Sponsa consanguinei, qui, postquam in praesens ineundum consenserat coniugium, naturae debitum reddidit, aliaue ratione ab eius consummatione fuit impeditus, *c. 15. C. XXVII. Qu. II.* Diuersitate tamen, quam inter consensum sponsalitium et matrimonialem admittit, in qua consensus distinctione vnice tota vis et sententia diuisionis sponsaliorum, in de praesenti, et de futuro, nititur, a sententia Iuris Diuini mihi videtur aberrare. Cur ita statuam, vberius demonstrabo. Ante omnia ordo

ordo rei id a me exigit, vt exponam, quid ſponſalitium et matrimonialem conſenſum interſit, ne, quod ad rem potiſſimum pertinet, relinquere intactum, eoque ipſo principii petitionem committere videar. Sponſalia, ſi per mentionem quidem et repromiſſionem, ſiue pactum futurarum nuptiarum deſcribuntur, non poſſunt non mutuam in ſocietatem coniugalem recipere conſenſum. Cumque adeo nulla dentur ſponſalia ſine conſenſu in matrimonium, cuius cauſa ineuntur, diſcrimen inter conſenſum ſponſalitium et coniugalem admittere velle, videtur paradoxum, quia per ea, quae attuli, ſponſalitius conſenſus matrimonialem ſimul inuoluit. Sed fortaſſe, vti, hunc illo fortius quoddam innuere, apparet, quia viam ad matrimonium parant ſponſalia, hic pure impertitum, ille conditione ſuſpenſum reſoluendumue denotat? Et ſi haec eſſet ſententia diſtinctionis inter ſponſalia de futuro ac de praeſenti, quorum his tantum perficiendi matrimonii vis tribuitur, concederem ex aſſe, Ius Canonicum cum Iure Diuino conſentire. Colligo videlicet ex ſaepius *cit.* 23. *Deuter. XXII.* vbi ſimpliciter ſponſae fit mentio, ad ſolam conſenſus puritatem eſſe reſpiciendum, quippe cui neque conditio, neque tempus, intra quod poenitere liceat, fuerit adiectum. Aliud ſibi velle Ius Canonicum ſua diſtinctione, adeoque errare, qui hunc ei ſenſum tribuit, forte animo, canonum capitulorumque iuri Diuino conciliandorum, MARTIN. CHEMNITIVM in *locc. Theol. de Coniugio*, et, qui eum ſecuti ſunt, complures alios, ipſius Iuris Canonici, in quo haec diuiſio habitat, innumeri textus demonſtrant. Quid poteſt clarius dici *capp.* 2. 22. 31. *X. de Sponſall.* quorum iſtud duo continet membra, alterum: ſponſalia de futuro et pure, et ſub conditione poſſe fieri; alterum: haec de futuro ſponſalia, etiamſi purus, et ad nullam adſtrictus conditionem fuerit conſenſus, ex quo coaluerint,

luerint, indiſſolubile tamen haud nectere vinculum, indeque monendos tantum, non compellendos eſſe deſponſatos, vt praeſtitam fidem obſeruent: Illud et hoc euincunt, ſponſalia de futuro, quamuis pura, quin iurisiurandi religione confirmata et corroborata, initis poſtea de praeſenti ſponſalibus, quia haec perfectionem coniugii inuoluant, eſſe poſtponenda. Quis tantam iuri Diuino affingere audeat iniquitatem?

§. VII.

Errores interpretum ex prioribus euincuntur.

Haec igitur cum diſerte confirment, ſponſalia de futuro, id eſt propria, et pure, et ſub conditione fieri poſſe, nulla ratione qualitas purorum et conditionatorum haec inter, et quae Iuri Canonico de praeſenti audiunt, Iuri Ciuili, de quo mox videbimus, penitus ignorata, poteſt conſtituere diſcrimen. Simulque ex his capp. probatur, multo magis erroneam eſſe eorum opinionem, qui de futuro ſponſalia Iuris Canonici nudis tractatibus abſolui contendunt. Siquidem tractatus inuitant ſolummodo partes, ad conſenſum impertiendum, vbi vero facta eſt conſenſus declaratio, quam eſſe factam in ſponſalibus de futuro ex citt. capp. videmus, tractatus euaneſcunt, pactique appellationem recipit negotium. In hanc interpretationem, vehementer mirandum eſt, eruditos incidere potuiſſe, quia cum eſſentia ſponſaliorum pugnat, iisque genus ſuum, quod pacto abſoluitur, denegat, differentiam vero, Philoſophi dicunt, diſtinguere genus, et ſpeciem conſtituere. Maxime credendum eſt, inde ortam fuiſſe eam, quod perſonis, in hunc modum deſponſatis, a pacto recedendi facultas relinquitur, qnod ipſum tamen indulgetur prudentius, quam iuſtius. Scilicet, quia libertas inprimis matrimonio conuenit, ne quis inuitus

vitus ad illud ineundum compellatur, eoque ipſo ad grauiora peccata detur occaſio. Non enim credo, verbis eos fuiſſe deceptos, vt, quia pacta tractatus excipiunt, futurumque id, quod eſt praeſens, vim diſtinguendi in diſcrimine tractatum inter, ipſumque pactum, inueniſſe ſibi fuerint viſi. Mitto omnes doctorum, de hac ſponſaliorum diuiſione, congerere opiniones, qui dici profecto poſſunt, quod vitium, proh dolor! ſaepiſſime premit interpretes, explicationibus ſuis dubiam et obſcuram feciſſe rem per ſe claram et manifeſtam. Audi BOEHMERVM *Iur. Eccl. Proteſt. L. IV. T. I.* fuſe diſſentientium congerentem opiniones, eorumque errores refutantem.

§. VIII.

Vera ratio diſcriminis huius exponitur. Nouus error refellitur.

Veriſſimum eſt, et fere omnes, qui de ſponſalibus agunt, hoc loquuntur Iuris Canonici textus, ea eſſe ſponſalia de futuro, ſi conueniat maſculum inter et foeminam, ducere ac duci, idque, vel absque temporis mentione, vel cum certi cuiusdam diei addictione, vel etiam, perfectione obligationis in euentum futurae incertaeque alicuius conditionis collocata. In haec non cadit perficiendi matrimonii efficacia, etiamſi pure fuerint contracta, *c. 2. X. d. Sponſall.* Contra ſponſaliorum de praeſenti ea eſt ratio, quemadmodum videre eſt *ex c. 9. ib. eod.* vt hac appellatione denotetur pactum, quo conuenit inter partes, ab hoc ipſo momento ſibi eſſe coniuges, adeoque viciſſim debere, ad quae vtrumque coniugale officium vidimus obligare. Ex quo cit. *c. 9.* ſimul alius euincitur error, qui in ſola temporis praeſentis, vel futuri adiectione, poni ſaepius commemoratam vult differentiam. Quae opinio parum reue-

rentiae

rentiae erga Patres et Pontifices prodit, dum ſupponit, linguae, qua conſcripti ſunt canones et capitula, fuiſſe eos parum ſapientes. Et quamuis neque a cognitione latinae linguae, neque a ſtudio veritatis tantopere ſim alienus, vt in hac accuſatione auertenda patrocinium eorum ſuſcipere audeam; hoc certe defendo, quod ex cit. c. apparet, hac in re minus recte diſcrimen in ſola temporis poſitione quaeri, quum exemplum occurrat ſponſaliorum de praeſenti, expreſſorum verbo *habituram*. Potius ex hoc ipſo *c. 9.* pariter, atque *c. 22. 25. X. de Sponſall.* probatum datur, interpretem ad mentem paciſcentium examinandam ablegari, vt, ſi appareat, id egiſſe eos, vt ſtatim coniugium ingrediantur, hoc ipſo conſenſu declarato illud perficiatur. Quasque adeo formulas exhibent *capp. 9 31 d. Sponſall c. 3. de Sponſ. duor.* veluti: *te pro coniuge teneo*, et viciſſim. *te pro marito habiturus ſum* deinde: *ego te in meam accipio et ego te accipio in meum*, ea mente conſtat exhibuiſſe Pontificem vt ſuppeditaret aliquas eiusmodi, ex quibus ipſi videretur praeſens conſenſus poſſe iudicari. Nequaquam, vt ad eas, in modum iurisprudentiae Romanorum formulariae, deſponſandos adſtringeret, et, ſi aliis fuerint vſi, forteque maſculo alloquenti: age nobis inuicem ab hoc ipſo tempore ſimus coniuges, reſponderit puella, ſimus, eiusmodi conſentiendi rationem, de futuro ſponſaliorum metiretur iure. Quod praeterea haud obſcure intelligitur ex *c. 30. eod.* vbi ſponſalia de futuro, id eſt, conſenſu ſponſalitio munita, in matrimonium, ſi corporum acceſſerit commixtio, dicuntur abire, adeoque anteponenda eſſe nuptiis poſtea cum alia contractis, quibus in facie eccleſiae ſacerdos benedixerit, addita ratione: *quia praeſumtum videatur primum matrimonium, contra cuiusmodi praeſumtionem non admittenda ſit contrarii probatio.* quod idem eſt, ac ſi dixeris; quia conſenſus coniugalis ipſo facto concubi-

cubitus, quem sponsalia praecesserunt, declaratur. Hanc voluntatem praesentis contrahendi coniugii consensum matrimonialem, illam vero, qua executio coniugii in futurum tempus differtur, sponsalitium appellando satagunt interpretes. Quia in omni genere sponsaliorum matrimonio annuitur quidem, in illis vero solis proxime, in his remote. Vnde, quoties consensu perfici coniugium loquuntur canones, intelligunt matrimonialem consensum, siue sponsalia, quae ipsis de praesenti audiunt, eoque ipso concedunt, quoad obligandi vim, nullam esse inter haec sponsalia ipsumque matrimonium differentiam, verum in defectu solennium eam esse constitutam, non dicam in deficiente adhuc consummatione, agnoscunt enim sponsalia concubitu confirmata. v. IOH. VOET. *Commentar. ad Pandect. L. XXIII. T. I.* §. 20.

§. IX.

Quatenus Ius Ciuile cum Canonico consentiat, et quatenus contra ab eo dissentiat.

Ius Ciuile re ipsa quidem conspirat cum Iure Canonico, vt scilicet statuat, matrimonium perfici consensu, *l. 30. d. R. I. l. 15. d. Conditt. et Demonstr.* non tamen eiusmodi diuersam sponsaliorum rationem agnoscit, sed ipsi sponsalia nunquam aliud quippiam inuoluunt, quam negotium, ad nuptias praeparatorium, quod aperte docet *l. 1. D. d. Sponsall.* quae Sponsalia describit per *mentionem et repromissionem futurarum nuptiarum.* Et quanquam, sicut in genere ex nullo simplici pacto, Iure Romano, valida oritur actio, eadem quoque ratione, iure veteri, accedente demum stipulationis solennitate, robur suum sortita fuerunt sponsalia, vt scilicet actionem de Sponsa producerent, GELL. *Noct. Att. L. IV. C. 4.* ex quo etiam illa eorum definitio

nitio *l. 1. D. d. Sponsall.* descendit, prouti *l. 2. eod.* vberrime exponit, *add. Gell. cit. l.* sublata tamen postea fuit haec subtilitas, et constitutum, vt ex nudo pacto firma coalescerent sponsalia, scilicet ea, quae validam producerent obligationem *l. 4. eod* vbi VLPIANVS: *nudus consensus ad constituenda Sponsalia sufficit*, quod idem est, ac si dixerit: hodie paciscimur, non stipulamur nuptias futuras. Sola igitur sublata est, in sponsalibus, externa solennitas, non obligandi vis interna. Quam, sicuti euincit *c. l. 4.* solus consensus producit. Non autem sponsalitium hunc, quantumuis purum, consensum ipsum perfecisse matrimonium, sed, quemadmodum Pontificibus, ita etiam Iuri Romano sponsalitium inter et matrimonialem consensum distinguere visum fuisse, satis luculenter demonstrat *l. 7. et 11. de Sponsall.* nobisque, minime subscribendum esse HVBERO *Digress. P. I. L. II C. 8. 9.* persuadet. Contra vero neque BOEHMERO *Iur. Eccl. Protest. L. I. IV. T. I. §. 7. sub fin.* omni ex parte possum assentiri, siquidem ea eius est sententia, vt, ante deductionem factam, neget, perfectum dici posse matrimonium, secundum Ius Ciuile, vel, vt in sola deductione consensus matrimonialis probationem collocet. Nititur quippe in *l 15. D. d. Conditt. et Demonstr.* cuius verba haec sunt: *Cui fuerit sub conditione legatum; si in familia nupsisset, videtur impleta conditio, statim, aeque ducta est vxor, quamuis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit* Cuius legis hanc esse puto sententiam. ICtus VLPIANVS perfectionem coniugii collocat in consensu, adeoque non potest alia eius esse mens, quam haec: simulatque de consensu matrimoniali constat, matrimonium perfectum, adeoque impleta dicenda est conditio. Quia vero, quod naturam coniugii supra vidimus postulare, et, quod etiam apud Romanos obtinuisse aliunde nouimus

omnes,

omnes, vt in domo mariti commoraretur vxor, probare suadet ICtus consensus matrimonialis declarationem, eoque ipso, matrimonii perfectionem, domum deductione. Non, quasi nulla alia ratione idem probari posse contendat, quam nemo sententiam VLPIANO potest affingere, nisi simul, eundem, in eadem lege, contraria statuisse concedat, sed, vt id solum declaret, hanc esse facillimam, luculentissimam, firmissimam, adeoque optimam, et inprimis suadendam, probandae coniugii perfectionis, rationem. Exemplo rem illustrabo. Inter Caium et Titiam, celebratis antea sponsalibus, breui postea, de ineundo statim coniugio, conuenit, adsunt plures declarati consensus testes, paratur deductio. Proh dolor! Apoplexia prostratus naturae debitum Caius, reddit. Testantur praesentes declaratum vtriusque consensum, testantur deductionem paratam. Perfectumne dicendum est matrimonium, an minus? Lex loquitur, causa dicta est.

§. X.

Consensus Iuris Saxonici cum praeceptis huc vsque expositis.

Addamus paucissima ex Iure Patrio. Apparebit, etiam hoc cum praeceptis, huc vsque expositis, egregie conspirare. Ad vnicam prouocabo *Decision. Sax. 49.* Quis non videt hac ipsa, *c. 30. X. de Sponsall.* quasi renouari et magis confirmari. Cedo sententiam Decisionis. Liberi ex Parentibus geniti, quos, ante concubitum, sponsalia celebrasse constat, etsi sacerdos in facie ecclesiae ipsis haud benedixerit, dicuntur legitimi, neque adeo a successione, eiusmodi liberis debita, arcendi. Ratio. Quia consensus matrimonialis facit matrimonium hic vero, consecuto sponsalia concubitu, tacite declaratur. Nullibi enim Serenissi-

mus Legislator Saxonicus, vt in posterum concubitus, non consensus perficiat coniugium, se velle declarauit. Tertium quidem datur, neque consequitur, si concubitus, non facit coniugium, vt ex consensu solo illud coalescat. Vterque fortasse, vt adsit matrimonium, requiritur, quemadmodum ex ratione Iuris Ciuilis, quod supra vidimus, neque sola causa, neque traditione sola dominium transfertur, coniuncta tamen haec duo hunc producunt effectum. Neque tamen haec sententia affingi legi Patriae potest, quod nulla lex noua haberi potest ab antiqui iuris ratione voluisse recedere, quod Interpretum iurisque praeceptum in alio nititur, quo mutationem, quia factum supponit, probandam esse docemur, non praesumendam. En egregium Iurium omnium consensum, in solo consensu matrimonii perfectionem esse positam, ad vnum omnium prae se ferentium, quanquam in eo aberrare supra §. *6. hui. cap.* demonstraui Ius Canonicum a Iuris Diuini ratione, quod sponsalibus suis de praesenti tantam vim tribuat, vt sponsalibus de futuro, cum alia persona rite antea contractis, ea censeat anteponenda. Id quidem lugens largior, si sponsalibus id egerunt partes; vt non statim, sed, certo tempore elapso, inirent coniugium, nondum adesse, sed adhuc sperari illud, esse dicendum. Sed simul vehementer nego, nondum adesse perfectam ineundi matrimonii obligationem. Quae si adest, et quis adesse negauerit, non potest non vtrique ex consensu alterius ius quaesitum resistere, quominus alteruter in coniugium cum alio contrahendum consentire, et hoc ipso alterum inuitum excludere valeat. Eademque mens est Iuris Diuini, quando sponsas, scilicet, quae in futurum cum aliquo coniugium consenserunt, coniuges dicit, vt perfectam, et nullo modo declinandam indicet ineundi matrimonii obligationem, non vero, vt iam ipsum adesse dicat coniugium, quod

non-

nondum adesse voluerunt ii, quorum intereſt potiſſimum. Quemadmodum PAVLVS *L. 4. ad Sabin. qui actionem habet ad rem recuperandam* (vel conſequendam) *ipſam rem habere videtur*, et VLPIANVS *L. 9. ad Leg. Iul. et Pap. Id apud ſe quis habere videtur, de quo habet actionem: habetur enim, quod peti poteſt. l. 143. D. d. V. S. l. 15. D. d. R. S.* Cum hac iuris Diuini ratione egregie conuenit Ius *Sax. Ord. Matrim. v. C. A. T. I. P. II. p. 1021.* vbi priora ſponſalia poſterioribus, iisque vel ipſa copula carnali munitis anteponenda eſſe iudicat Sereniſſimus Legislator, nulla, inter conſenſum coniugalem et ſponſalitium, admiſſa diſtinctione. Quae hactenus adduxi, abunde mihi probare videntur, ſolo conſenſu necti matrimoniale vinculum, ſiue matrimonii perfectionem in ſolo conſenſu eſſe conſtitutam. Ad quae ſi reuoces, quae ſupra de eſſentia coniugii attuli, illud etiam conſummatum, ſecuta copula carnali, largieris.

§. XI.

Vitia circa conſenſum obuenientia notantur.

Dum in conſenſu collocamus coniugii perfectionem, facile apparet, eum eſſe debere liberum et verum, adeoque perfectum in perſonis conſentientibus requiri iudicium, vt, qui conſentit, intelligat, quid agat, quod neque de infantibus dici, neque de mente captis furioſisque poteſt, qui, cum non conſentiant, ſed, ſe conſentire, ſolum fateantur, ſe obligare nullo modo poſſunt. Deinde ex hoc ipſo patet, metum pariter atque errorem, qui conſenſui impertiendo dederunt cauſam, eum vitiare. Etenim, qui errat, non in id conſentit, quod adeſt, ſed quod putauerat adeſſe. Modo in iuſto verſetur errore, id eſt, dolus alterius non deficiat, qui nec exulare intelligitur, ſi quis vitium tacuit, quo nemo corruptus eſſe cogitatur, e. g. ſi qua, peracto congreſſu,

 deflo-

deflorata cernitur, quaelibet enim praesumitur casta, quod ipsum ius Diuinum approbat, neque solum repudium admittit, sed praeterea eiusmodi mulierem alii poenae subiicit, *Deuter. XXII. v. 21.* Vnde etiam, si Leam retinere coniugem noluisset, iure suo id Iacobum fuisse facturum, censeo, si quidem hoc est certissimum, concubitum cum ea, maritali affectione destitutum, coniugium efficere nequaquam potuisse. Qui vero pure consensit in matrimonium, diuitem arbitratus sponsam, quae professa nec ipsa, nec per alium, fuerat, se diuitias possidere, tenetur, quia mulieri nihil potest imputari, idque ex quo tempore consensit. Consensu quippe pure declarato ius quaesitum est mulieri, inuitae non extorquendum. Vnde PVFFENDORFFIO *I. N. et G. L. VI. C. I. §. 26.* subscribere non valeo, qui, concurrente eiusmodi errore, consummatis demum nuptiis, obligationem adesse dicit, adeoque tacite erranti, perfectis tantum iis, non consummatis, resiliendi tribuit facultatem. De metu non minus expeditum est. Loquor iterum de metu iusto, si quis consensum simulat ad auertendam vim, cui resisti nequit. Hinc recte DD. hoc loco metum, quem vocant reuerentialem, excipiunt. Quippe non prohibet reuerentia Parentibus debita, quominus liberi libere voluntatem suam declarare possint. Metum vero ex iniusta meisque viribus superiori vi, et quam quaeso iustam vim coniugium agnoscit, profectum, qui me ad promittendum adegit, vitiare promissum, et nullum reddere, quicquid stoici de coacta voluntate, voluntate vera, deque animi constantia nescia vinci arrogantius quam verius effutiant, ad vnum omnes hodie consentiunt; nec inter veteres inficiantur vere sapientes, id est, gnari humani pectoris, cui nihil magis nouimus familiare, quam, vitae non dicam amorem, vt praesens m[illegible]m effugiat, futuri electionem. Hinc verissime eleganterque SENECA:

iniquum

iniquum videtur, id ratum esse, quod aliquis non, quia voluit, pactus est, sed, quia coactus est, et CICERO: *si praedonibus pactum pro capite pretium non attuleris, nulla fraus est.* Nec minus verum est iocosum illud MARTIALIS:

Quid, si me tonsor, cum stricta nouacula supra est.
Tunc libertatem diuitiasque roget?
Promittam, nec enim rogat illo tempore tonsor,
Latro rogat. Res est imperiosa timor.
Sed fuerit, curua, cum tuta nouacula, theca,
Frangam tonsori crura manusque simul.

Mitto rem satis claram, quae pro se ipsa loquitur, magis illustrandam suscipere, aliamque magis dubiam affero.

§. XII.

Non omnibus liceat matrimonio consentire, illudque adeo consensu suo perficere?

Scilicet non inepte quaeritur, an omnibus Iure Diuino liceat matrimonio consentire, idque consensu suo perficere. Quae res, praecipue intuitu personarum alienae potestati subiectarum, non satis videtur expedita. Huc non facit notissima illa distinctio Romanorum inter coniugium et contubernium. Partim, quia hodie omnes iuribus communibus fruuntur, partim, quia, secundum Ius Naturae, coniugium et contubernium nihil interesse, meraque dispositione Iuris Ciuilis iure connubii exutos fuisse seruos, nemo negat. Quod vero praeterea Iure Ciuili docemur, nullas fuisse nuptias a liberis, neglecto parentum consensu, initas, *l. 2. D. d. R. N. pr. I. d. Nupt.* hoc, an legi Naturali conueniat, quaeritur potissimum? Quod negare equidem nullus dubito. In quo enim nititur imperium Parentum in liberos prae-

cipue, singularis et impotentia et indigentia non potest non eo tempore cessare, quando animus est matrimonii ineundi, cuius scilicet hoc ipso euitandae interdum datur occasio. Quam vero semper et in omne tempus debent parentibus liberi, in gratiam alimentorum et educationis, reuerentiam, tanti non potest esse momenti, vt, quodcunque cum eius quadam offensione susceperint liberi, efficiat nullum. Inprimisque de nuptiis hoc dicendum esse videtur, quae sua natura liberrimum desiderant arbitrium. Neque mira videri debet haec iuris Romani dispositio, cum ipse IMPERATOR §. 2. *I. d. P. P.* fateatur, patriam potestatem Romanorum a praeceptis naturalibus abhorrere, verbis: *nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.* Neque destituit, quae summa esse vtique debet, sua auctoritate nostram sententiam ius Diuinum. Fatetur summum Numen *Genes. II. v. 24.* se hanc homini indidisse naturam, vt, vel ipsis parentibus relictis, vxori suae adhaereat, cum eaque in vnum quasi corpus coalescat. Adsunt etiam exempla illustrantia huius rei veritatem. *Genes. C. XXVI. vv. finall* legimus, Esauuium vxores duxisse, inconsultis parentibus, easdemque iis morem haud gerentes. Eamque ob causam Rebeccam fuisse veritam, ne Iacobus, exemplo fratris sui, vxorem duceret ex gente Heth. Quis ex his elucere negauerit, liberis, quo tempore Iure Diuino homines immediate regebantur, licuisse, vel inuitis parentibus vxores appetere, easque ducere, quanquam fuerit moris, vt ipsi parentes filiis suis vxores quaererent, quod exemplo discimus Abrahami, filio suo Isaaco, mediante seruo Eliezero, vxorem suppeditantis. Egregie hanc Diuini iuris rationem secutus est *Rec. I. de anno 1548. Art. 21. § 8. 9.* qui vetat nuptias liberorum ex dissensu parentum dissoluere, a quo non recedit Ord. Matrim. Punct. I §. *Und da sie hierüber rell. rell.* Considerauimus igitur hactenus,

hactenus, quid ſit, et quomodo fiat matrimonium. Quae ſi praemittere neglexiſſem, non potuiſſet non vaga errare, de conſcientiae matrimonio, diſceptatio. Contra vero, his omnibus, cum propoſiti coniugii qualitate, collatis, quid nobis de eo dicendum eſſe videatur, facile omnes intelligent.

CAP. III.

De matrimonio conſcientiae in ſpecie.

§. I.

Variae vocis conſcientiae, ſignificationes dantur.

Non ſemper eadem vocis conſcientiae eſt ſententia. Plerumque hanc ei tribuunt, vt intelligant internam affectionem, ex notitia iuris, quo tenemur, factorumque noſtrorum, ex illo diiudicatorum, reſultantem, vt nimirum, prout haec illi reſpondere, vel repugnare perſentiſcimus, delectemur, inquietemurue. Ex quo diuerſo eius effectu in rectam ſueuit prauamque diuelli. Vtriusque magnam eſſe vim, neque adeo hunc iudicem contemnendum, paruique habendum, nobis, Chriſtiana religione imbutis, legumque Diuinarum, et, per has, Diuinae pariter omnipotentiae, iuſtitiae, atque omnium rerum, quin cogitationum noſtrarum ſcientiae, non ignaris mirum videri nulla ratione poteſt. Huiusque rei veritatem, ad rectam quod attinet, Diui Apoſtoli, quique eorum veſtigiis inhaeſerunt, alii martyres vberrime teſtantur, non tantum non reformidantes mortis pericula, ſed appetentes. Contra, malam conſcientiam multos, vt ſcelera fuerint profeſſi, ſeque ipſos vltimo obtulerint ſupplicio, coëgiſſe, quotidiana teſtatur experientia. Et vnde eſt quaeſo illa animi in-

quies petenda, quam in iis saepius deprehendimus, quibus, ad vitam commode transigendam, plane nihil deest. Testantur Sacrae Literae *Rom. II. 15. 1. Ioh. III 21.* veritatem huius rei, quam nemo, nisi sui ipsius vehementer ignarus, negare suscipiet. Gentiles ipsi agnouerunt, maximam in salua conscientia positam esse felicitatem, insigni, pariterque omni exceptione maiori documento, quantum ad actiones hominum dirigendas conferat ius humano pectori inscriptum. Ex quo vehementer erubescendum esse putarem, qui, nisi penitus negligendum, certe non valde necessarium esse dicunt Iuris Naturae studium. Nec minus, qui arctioribus, quam a Gentilibus id factum videmus, illud limitibus circumscribunt, causam interserentes, multa in ius Naturae transscribi, quae ad morum solummodo pertineant disciplinam. Quid praeclarius dici, fortiusque his erroribus opponi potest illo SENECAE? *Quid prodest, recondere se, et oculos hominum auresque euitare? Bona conscientia turbam advocat, mala etiam in solitudine auxia et sollicita est. Si honesta sunt, quae facis, omnes sciant, sin turpia: quid refert neminem scire, cum tu scias? O te miserum, si contemnis hanc testem!* illo CICERONIS: *Magna vis est conscientiae in vtramque partem, vt neque timeant, qui nihil commiserint, et poenam semper ante oculos versari putent, qui peccarint; illo denique* HORATIANO:

- - - hic murus aheneus esto;
Nil conscire sibi, nulla pallescere culpa.

§. II.

Conscientiae descriptio in §. 1. matrimonio nostro haud conuenit.

Haec vocis conscientiae significatio facile erroneae de hoc matrimonio sententiae dare posset occasionem, vt

vt ſcilicet hac appellatione, quodcunque matrimonium ſalua conſcientia eſſet contrahendum, inſigniri ſibi perſuaderent. Quod cum generalia de matrimonio praecepta doceant, et praecipue dicendum ſit de matrimonio legibus etiam humanis conformi, non poteſt peculiare quoddam genus conſtituere. Alia res eſt, matrimonium, quod conſcientiae audit, laedat an ſaluam relinquat conſcientiam? De quo poſtea nobis quoque erit diſpiciendum.

§. III.

Alia conſcientiae ſignificatio.

Deinde latinis conſcientia etiam denotat notitiam nobis cum aliis quibusdam communem, et hoc quidem pertinet ad noſtram cauſam. Quippe dicitur hoc noſtrum per excellentiam conſcientiae matrimonium, quia ſoli coniuges habent illius notitiam. Denique conſcientia non minus deſignatur actionum, antequam perpetrantur, ſecundum obligationes noſtras diiudicatio, et, prout iuſtae, vel iniuſtae, peracto examine, cernuntur, vel admiſſio, vel intermiſſio, virtutis amore potius, quam poenae formidine. Verbo, idem aliquando, quod iuſtitia, quam vocant vniverſalem, ſiue religione innuit. Quae eius ſententia eſſe videtur in illo CICERONIS: *a recta conſcientia ne latum quidem vnguem diſcedere oportet.* Praeſertim vero nobis Germanis familiaris eſt hic huius vocabuli vſus, quod formulae demonſtrant, *viel Gewiſsen haben*, *ein weites*, *enges*, *zartes Gewiſsen*, quod vltimum imprimis tribuimus iis, qui in eo ſunt ſoliciti, id agunt ſemper, ac diligenter curant, vt obligationibus etiam, quas vocant, imperfectis faciant ſatis. Quae ſententia conſcientiae praecipue etiam reſpicitur in appellatione matrimonii noſtri. Si quidem illud non ſolam clandeſtinitatis notionem, ſed id quoque ſimul

inuoluit, eiusmodi coniuges religione obligari, vt in ſocietate, quam inierint, perſiſtant, non quidem iure Naturali, quod *C. I.* §. *13.* vidimus ſuadere tantum, non praecipere perpetuitatem, Diuinò tamen *Matth. C. XIX. v. 9.* nihilque eorum negligant, quae Deus, in hoc ſtatu verſantibus, praeſcribit.

§. IV.

Hertii de coniugio noſtro definitio examinatur.

Vt vero ipſum aggrediar hoc noſtrum coniugium IOH. NIC. HERTIVS OPVSCC. *V. II. T. III. Tr. de Matrim. inſtaur. et conſc. Sect. II.* §. *1.* illud deſcribit per *coniugium inaequale, quod clam et ſine ſolennibus, concubitus mutuaeque cohabitationis cauſa, contractum ſola coniugum fide ſuſtinetur.* Varia in hac definitione mihi minus arrident. Primo videor mihi ſupra C. I. ſatis demonſtraſſe ad eſſentiam coniugii pertinere, vt adſit ſpes, liberos procreatum iri. Vbi vero HERTIVS illud contrahi dicit, concubitus, mutuaeque cohabitationis cauſa, colligi poteſt, quam tamen ſententiam Viro Celeberrimo minime tribuo, adeſſe matrimonium conſcientiae, quantumuis procreatio arte neſanda euitetur. Sponte lubenterque concedo, prolis pariendae cauſa haud facile contractum iri eiusmodi negotium, hoc tamen propugno, vbicunque certum eſt, non poſſe ſobolem procreari, matrimonium adeſſe nullum, quod probatur exemplo caſtrati, quem ab eo propellunt omnes. Deinde, ſi ſolo illud iure Naturae metimur, nulla videtur cohabitationis mentio eſſe facienda, quam ſcilicet ſolum ſuadet, non praecipit. Quia vero Deus marito imperium quoddam tribuit, in hoc praeſertim coniugio, cuius penes neminem eſt notitia, non niſi in praeſentem, quin in hanc vix exercendum, hoc eſſe videtur admittendum. Porro non putarem, eſſen-

tiam

tiam huius coniugii inaequalitatem supponere coniugum. In ore omnium est Philosophorum, a posse ad esse non valere consequentiam. Quod si verum est, esse autem verum negabit nemo, aeque minus negari potest, quod plerumque contingit, non debere propterea semper adesse. Videtur quidem clandestinitas inaequalitatem postulare. Sed rectius haec illi inseruire, quam ab ea separari non posse, dicitur. Ad vnum finem obtinendum, plura ducunt media. Quid si foemina parentibus, fortunae tenuis, dignitateque conspicuis nata, citoque orbata rei oeconomicae alicuius praeest, absque seruilium operarum praestatione, neque putarem, admodum rara esse eiusmodi exempla, an cum hac iniri posse conscientiae matrimonium dubitas? Equidem non video, cur dubitem. At cur clam ducere libet puellam, salua existimatione, publice ducendam? Variae fingi possunt causae clandestinitatis, neque sola eam gignit conditionis inaequalitas, quam, ex patrimonii disparitate, non esse iudicandam, docet *l. 7. C. d. incest. et inutil. nupt.* Tenue patrimonium, quod, paupere coniuge ducta, eademque pro dignitate mariti, quam ipsa per matrimonium sortitur, simul cum liberis nascendis sustentanda, praesentem minitat pauperiem. Et quae plura sunt eiusmodi. Praecipue Hertianam definitionem defendit, quod vulgo dicunt: *a potiori parte fit denominatio.* Leue praesidium. Quod si omnes sequi vellent in definiendis rebus, facile apparet, fore, vt sola earum natura, nunquam vero essentia ex definitione possit cognosci. Quod si vero cum HERTIO *cit. l. in fin.* matrimonium conscientiae solis Illustribus personis, ipsis quippe autoribus legum humanarum concedimus, ab eoque repellimus indistincte priuatos, quod, minus recte fieri, infra docebo, negari nequit, inaequalitatem coniugum ab illius essentia omnino non posse diuelli.

§. V.

§. V.

Willenbergii de eo definitio examinatur.

Aliam huius matrimonii SAM. FR. WILLENBERGIVS *in Diss. huius arg. §. 13.* definitionem nobis exhibet, illudque dicit: *coniugium occulta coniugum fide, de qua aliis non constat, in finem veri coniugii contractum, vt coniuges indissolubili vinculo sibi cohabitent, sed de mutua fortuna non aequaliter participent, neque liberis ex se natis iura aliorum liberorum permittant.* Supponit generalem coniugii scientiam, quod admitti potest. Quod vero ad essentiam huius nostri pertinere sibi persuadet, vt coniuges de mutua fortuna non aequaliter participent, vehementer errat, praesertim, cum ab eo non repellat cum HERTIO c. l. et STRVVIO *d. Matrim. Virgin. et Consc. in Iurisprud. Heroic. P. II. p. 383.* priuatos, siue humanis legibus subditos. Differentiam specificam, quam vocant Philosophi, hoc inter et solenne coniugium, quod secundum leges initur, ex ipsa eius appellatione apparet, in sola clandestinitate et omissione formalium, legibus ciuilibus conformium, esse collocandam. Quibus cum destituatur, non potest non simul destitui effectibus omnibus, quos lex ciuilis coniugio, ex norma a se praescripta coalescenti tribuit. Aut vero WILLENBERGIVS mutuam fortunam de bonis siue de patrimoniis intelligit, et, quod ad haec spectat, innuit quidem Paroemia Iuris Germanici:

Huth bey Schleyer Schleyer bey Huth,
Nächst am Leibe nächst am Guth.

et alia: *Mann und Weib haben kein gezweytes* eiusmodi communionem quondam in Germania inter coniuges obtinuisse, quod praeterea etiam ex TACIT. *Germ. C. 18. Legg. Saxon. Tit. 9.* quoad Westfalaos, *Leg. Wisigoth. L. 4. tit. 2. l. 16.* intelligimus, simul vero eam

ad

ad bona tantum adquiſita ſpectaſſe, nec inter omnes Germaniae gentes obtinuiſſe, ex cit. *Tit. 9. Legg. Sax.* cernimus. Quod ad noſtra vero tempora attinet, quarundam ſolummodo vrbium ſtatutis ea adhuc aſſeruatur, apud nos vero penitus exulat, adeoque, quod vulgo dicitur, pacta legem dare, hic non minus erit conſiderandum, et, ſi tale pactum huic noſtro matrimonio acceſſerit, ad ſeruandum illud non minus conſcientia coniuges obligabit, quam ad ea praeſtanda, quae ipſa coniugii eſſentia poſtulat. Aut honorum titulos innuit, quos per ſe patet, cum alios latere debeat qualitas coniugalis, vxori non poſſe communicari. Deinde pergit: neque liberis iura aliorum liberorum permittant. Diſtinguendum eſt hoc loco inter iura liberorum, quae leges naturales, et, quae ciuiles leges iis tribuunt, nec illa demere, nec haec tribuere, in parentum erit arbitrio.

§. VI.

Alia eius definitio ſuppeditatur.

Placuit itaque, aliam definitionem ſubſtituere, pro ratione eorum, quae in prioribus de eſſentia et perfectione coniugii dici poſſe videbantur. Vt ſcilicet illud dicerem maris et foeminae conuentionem, vtrumque ad copiam ſui corporis, in omnem vitam, alteri ſoli, procreandae ſobolis cauſa faciendam, obligantem, clam, et absque ſolennibus nuptialibus, praeſcriptis a Principe ſeculari, contractam, adeoque ſola mutua coniugum fide ſuſtinendam. In hac mea definitione, quemadmodum ne verbum quidem redundare, ita, nihil ex ea omitti poſſe, putarem, ſalua matrimonii noſtri eſſentia. Nihil ex ea apparet amplius, quam conſenſus duorum diuerſi ſexus, in perennem ſimulque clandeſtinam corporum coniunctionem, procreandae ſobolis

Iis ergo. Deme, quodcunque libuerit, vel plane nullum aderit coniugium, vel a noſtro diuerſum. Dummodo id notes, me, non ſolo iure Naturae, rem praeſentem fuiſſe emenſum, ſed ſimul reuelati iuris Diuini habuiſſe rationem, quod putaui eſſe faciendum, vt partibus Chriſtiani fiat ſatis. Et enim ſi promulgatae legi Diuinae *I. ad Corinth. VII.* 2. aures obſtrepimus, concedo, vnum virum, pluribus mulieribus, clandeſtino coniugio ſe iungere poſſe, quia non tantum in parentum certitudine praecipuum, Iure naturae, pro matrimonio poſitum eſt argumentum, quae in polygynia non deſideratur, ſed etiam, *Abrahami*, *Iacobi*, *Davidis*, *Salomonis*, virorum, ex mente Diuina viuentium, exemplis et auctoritate non parum commendatur hoc polygamiae genus. Deinde, ſi a lege Diuina *Matth. XIX.* 9. obuia abſtrahimus mentem, ſponte largior, nullum dari matrimonium indiſſolubile, ſed (repeto quae ſupra dixi) quemadmodum illud mutuo conſenſu conſit, mutuo iterum diſſenſu vt euaneſcere poſſit, oportere, vel, ſi ita conuenerit, hoc enim iure, ad legem conuentionalem, inprimis erit reſpiciendum, vtrique parti, quandocunque libuerit, ab eo recedendi, dandam eſſe licentiam. Sed Neutrum Ius Diuinum a nobis negligi poſſe, et, ſi negligatur alterutrum, conſcientiam acerrime vulnerari, concedent omnes.

§. VII.

Coniugium noſtrum a concubinatu differt. Conciliatur Ius Canonicum.

In hoc tamen verſatur eorum error, qui, hoc noſtrum coniugium et concubinatum vnum eſſe et idem, arbitrantur. De qua re ita iudicandum eſſe cenſeo, vt duplici ratione diſtinguamus. Primo, quod modo monui, aut ſolius Iuris Diuini hominibus connati habemus

mus rationem, aut in genere iuris Diuini. Si huius, vti demus, vehementer, quin tota essentia, a concubinatu discrepat hoc nostrum coniugium. Quippe nullam agnoscimus, Iure Diuino, coniunctionem pro matrimonio, nisi in omnem vitam contractam, cum quo Diuino praecepto lex ciuilis conuenit, quae matrimonium omnis vitae dicit consortium, quod de concubinatu *v. l. 3. §. 1. D. d. Concub.* dici nulla ratione potest. Hunc pro lubitu reuocari potuisse, scimus omnes, docemurque *l. 1. pr. D. eod.* Deinde, aut vnum semper eundemque intelligimus concubinatum, id est, qualem Romani agnouerunt, aut forte nouam excogitare iuuat distinguendi rationem, inter concubinatum Romanorum, et eum, qui nobis Christianis conueniat, siue, diuiduum inter, et indiuiduum. Quam distinctionem, vt omittam, meram sapere de verbis litem, adsunt praeterea, quae impediant. Cum enim a Romanis acceperimus concubinatum, non solum nomen, sed etiam rem ab iis accepimus, vnde, qui audit hanc appellationem, non potest non simul cogitare statum, quem ea indigitare moris erat Romanis, id est, concubitum, certum quidem, sed pro lubitu terminandum, qualis obligationi Christiani non tantum reluctatur, sed etiam cum essentia, quemadmodum probatum dedimus, coniugii vehementer pugnat. Positis igitur his, quae ponenda esse satis mihi videor probasse, scilicet, a notione matrimonii non posse diuelli conceptum, vt Philosophice loquar, indiuiduitatis, quis, concubinatum et matrimonium nostrum vnum idemque esse, diutius propugnare valebit, et non potius obuiam ibit GRATIANO qui ad c. 3. Dist. XXXIV. haec habet: *concubina autem hic ea intelligitur, quae, cessantibus legalibus instrumentis, vnita est, et coniugali affectu adsciscitur, hanc coniugem facit affectus, concubinam vero lex nominat.* Persuadet sibi igitur Gratianus, concubinam

nam a coniuge non re, ſed verbis, differre. Sed re ipſa nobis non contradicit, quanquam illius verba videantur nobis eſſe contraria. Scilicet ex *not. c. ſeq.* verbis; *is qui non*, ſubiecta, eiusdemque verbis finalibus ſatis manifeſtum eſt, diſtingui inter concubinas ad certum tempus, easdemque, in omnem vitam, adſcitas, ſimulque ibidem prouocatur ad auctoritatem AVGVSTINI *c. 6. C. 32. Qu. 2.* qui h. l. et *c. 6. D. 34.* concubinatum diuiduum improbat, adeoque non poteſt non GRATIANVS *cit. l.* cogitaſſe de concubinatu indiuiduo, quem tamen melius plane non admitti, modo probaui ex eo, quod appellatio concubinatus Romanis originem debet, iisque, ad priora prouoco, indiuiduam foeminae marisque coniunctionem non denotauit.

§. VIII.

Explicantur Leges Iuris Ciuilis, quae obſtare nobis videntur.

Non enim hic nobis refragatur l. 49. §. 4. D. *d. Legat. III. Parui autem refert, vxori, an concubinae, quis leget, quae eius cauſa emta Parata ſunt, ſane enim, niſi dignitate, nihil intereſt.* In propoſito enim caſu mortuus iam eſt teſtator, nec ante mortem dereliquit concubinatum, adeoque non potuit non ceſſare haec differentia. Neque praeterea id egit ICtus, vt differentiam ſpecificam conſtitueret, concubinatum inter et matrimonium, et luculenter apparet, eundem haec verba: *ſane enim niſi dignitate, nihil intereſt*, propterea poſuiſſe, vt appareret, concubinatum eſſe legitimam coniunctionem, et praeterea, quia differentia, quae in diſſolubilitate vinculi conſiſtit, propter diuertendi ab vxore licentiam, propemodum ens rationis euaſerat, ac denique plane nihil ad praeſentis quaeſtionis deciſionem facie-

faciebat. Minusque nobis aduersatur *l. 3.* verſ. *quod ſi alterutram rell. rell. C. d. Naturall. liber.* vbi concubinatus inaequale coniugium vocatur. Nota enim eſt inter coniugium et connubium differentia. Hoc videlicet ſolum proprium fuiſſe Iuris Romani, illud vero commune omnium gentium, vnde, quia Iure Naturae, quod ſupra vidimus, indiuiduitas non pertinet ad eſſentiam coniugii, et concubinatus vni maſculo, ſicut nuptiae, mulierem adiungit, nihil impediebat, quominus genus coniugii dici potuerit, quod inter Chriſtianos tamen, ſublata harum vocum differentia, non amplius erit ferendum. Haec igitur euincere non valent, fuiſſe concubinatum apud Romanos indiuiduum, adeoque, ad euertendam noſtram ſententiam, nihil conferunt.

§ IX.

Alia differentia concubinatum intercedens noſtrumque coniugium exponitur.

In multis haec duo amice conſpirant.

Neque in hoc ſolo concubinatus a matrimonii noſtri terminis recedit. Vidimus quippe, ad eſſentiam huius pertinere, quod ex denominatione ipſa apparet, vt clam contrahatur, ſolique coniuges ſint illius conſcii. Quod mirum non eſt, cum hodierni iuris ratio non admittat clandeſtina coniugia, neque priuatis indulgeat, ad morganaticam, ſiue, ſi mauis, morgengabicam vxores ducere. Aliter comparatus erat concubinatus, permiſſus quippe, neque adeo clam exercitus *l. 35. d. aur. arg. mund. legatt.* quin cum foemina honeſtiore non, niſi praemiſſa publica teſtatione, ineundus *l. 3. D. d. Concub.* En egregiam inter haec duo differentiam. Neque tamen miror, fuiſſe, qui minus eam intellexerint, non tantum, quia multa in vtroque de-

prehendimus eadem: Quo pertinet conſtantia thori, omiſſio ſolennium, effectuum matrimonio propriorum defectus, inaequalitas coniunctorum in vtroque, ſaltem plerumque, obuia, et quae alia eiusmodi inſignem ſimilitudinis ſpeciem inducunt, inprimisque, quia vidimus canones diſtinguere, inter concubinatum diuiduum, et indiuiduum, quam ſi differentiam admittimus, concedo lubenter, matrimonium conſcientiae dici quodammodo poſſe concubinatum. Denique fortaſſe hoc etiam confuſioni harum appellationum anſam praebuit, quia ſcimus, homines ſibi, nulla in re, lubentius, quam in delictis carnis, ignoſcere, forte, quod minime turbant publicam ſecuritatem, noſtrique coniugii perennitas in ſola coniugum fide nititur., vnde, diuortia ei ſatis familiaria fore, dubium haud eſt. Sed quis non videt, ab eo, quod fit, ad id, quod facere liceat, minus recte trahi argumentum. Recte igitur HVBERVS *d. Iur. Ciuit. L. II. S. I. Cap. III. §. 26.* dicit, concubinatum vulgo, id eſt, peruerſe appellari matrimonium conſcientiae, cum in §pho praeced. differentiam ſpecificam matrimonii a concubinatu in coniunctionis indiuiduitate conſtituiſſet.

§. X.

Remouetur contradictio, noſtrae diſtinctioni obiicienda.

Deinde vero, vt redeam, vnde digreſſus ſum, aliud grauius obſtat definitioni meae argumentum. Dicis quippe, quis facile ſibi perſuadebit, vxorem eum, vt ex ea liberos quaerat, ducere, qui omnem in liberis, ex conſpectu aliorum, quibus ipſe notus eſt, remouendis, operam ponit, ne matrimonium innoteſcat, eosque propterea nec ipſe, nec pro ſua dignitate curat educandos. Excepi iam ſupra hoc telum, cum in Hertianam

tianam inquirerem definitionem, quaeque ibi monui, huc repeto, et, ad declarandam meam ſententiam, rurſus ad AVGVSTINVM, *c. 6. C. XXXII. d. II.* prouoco. Quippe lubens concedo, rariſſime clandeſtinum huiusmodi coniugium liberorum cauſa iri contractum, neque, ſi contrahatur, ſtultum dicere recuſabo, qui liberos procreare cupit, vt leges violet, quosque adeo procreaſſe erubeſcat. Potius, ſi cauſam impellentem in Venere quaerimus, noſtro, cum publicis quampluriminis coniugiis, hoc erit commune, quod et verum eſſe, et naturae conueniens, princeps inter Apoſtolos *I. ad Corinth. VII. 2.* agnoſcit. Id vero non minus ad eſſentiam huius noſtri pertinere, quod Supremum Numen interna pariter conuictione, atque diſerte, a coniugibus, nullo adſtipulante Iudice humano, poſtulat, me nihil horum monente, ipſa eius appellatio nobis inſinuat. Quae praeterea de hoc matrimonio dici poſſunt, ad eius eſſentiam non pertinent, cui hoc vnicum ſubiiciam, iterum ex voce conſcientiae conſpicuum, mariti nomen vxori communicari non poſſe, niſi forte inter peregrinos coniuges commorentur, vbi forte conſanguineam eiusdem nominis gentilitii ea poſſit profiteri, quod, aliquando Saram, iuſſu Abrahami, feciſſe, Sacrae litterae enarrant.

§. XI.

Aliae obiectiones propulſantur.

Graue tamen adhuc dubium ſupereſſe video, ſiquidem veri et perfecti matrimonii requiſita clandeſtino huic tribuere meditamur, nec defuturos eſſe credo, qui his armis mecum certent, vt, ſe concedere, fateantur, nihil ad eſſentiam veri coniugii in hoc noſtro ſupplendum fore, ſi adhuc in ſtatu naturali verſentur homines, Cum vero in ciuitates coierint, ſeque ſubmiſerint

rint arbitrio Superioris, dici non posse, matrimonium perfectum, in quo negligantur, quae Princeps, ad formam coniugii, pertinere voluerit, siquidem praeterent neminem, formam ad essentiam rei pertinere, ex notissimo illo: *forma dat esse rei* V. IOH. NIC. HERTII Opusc. Vol. II. T. III. p. 256. *fin.* BVRC. GOTTH. STRVV *Iurispr. Heroic. P. II. p. 383* §. *12.* etsi concesserat, benedictionem sacerdotalem non esse de matrimonii essentia, et, ad quem hic prouocat, STRYCK *de Nullitat. matrim.* §. *79.* Graue argumentum, si sola adessent naturalia praecepta, quae pati mutationem in singulis quibusdam caussis per leges Ciuiles sibi fieri, siue, vt loqui amant, quibus lege Ciuili derogari in hypothesi posse scimus omnes. Vbi vero, expressas leges diuinas, tacitis assistere, vidimus, quis diffiteri audeat, optime DD. hac occasione distinguere, inter matrimonium ratum et legitimum, quorum illud vocant iure Diuino perfectum, hoc legum humanarum nigro conforme, idque praesertim, quia non omne, quod contra humanas leges perpetratur, hoc ipso nullum est, sed solum id, quod vitio nullitatis laborare diserte Legislator humanus voluit. Egregie huc facit responsum SPENERI *Consil. Theol. Germ. Vol. II. C. IV. Sect. 12.* obuium, quod exhibet BOEHMER *Iur. Eccles. Prot.* Vol. III. Lib. IV. §. 45. et sistit coniunctionem, animo matrimoniali, per XX. annos, clam continuatam, pro vero matrimonio agnitam. Quin ipse SERENISS. LEGISLATOR SAX. *Ordin. Matrim. d. an. 1624. Punct. I.* §. *Würden auch solche Personen rell. rell.* tacite hoc agnoscit, nec obscure comprobat *l. 13. ad L. Iul. d. Adult.*

§. XII.

§. XII.

Conſcientiae matrimonium perfectum eſſe coniugium ex prioribus deducitur.

Nullum igitur eſt dubium, dum nemo propugnabit, ex conſenſu ſuo ſolum teneri, quos conſenſiſſe ſciunt omnes, quominus conſcientiae matrimonium perfectum habeamus cum AMES. *d. Conſcient. L. V. C. 36. Qu.* 2. GROT. *de I. B. et P. L II. C. 5. §. 15. n.* 2 SAM. STRYCK *d. Diſſenſ. ſponſalior. Sect. 2. §. fin.* IOH. SAM STRYCK *in Diſſ. d. Nat. Matrim. §.* 57. et aliis, nulla, inter Principes, et priuatos cum BVRC. GOTTH. STRVVIO *Iurispr. Heroic. Vol. I. P. II. p. 383.* admiſſa diſtinctione. Etenim, ad illos quod pertinet, ipſos legum humanarum autores, adeoque ſuperiores legibus humanis, quaeſtio penitus redundat, praeſertim, ſi reſpicias ad Principes, religioni Proteſtantium addictos, adiaphororum eccleſiaſticorum, quibus ineſt ſacerdotalis benedictio, arbitros. Hinc recte ei tribuimus effectus, a coniugio, ex Iure Diuino perfecto, minime diuellendos, quo pertinet obligatio coniugum, in eo, vsque ad mortem, perſeuerandi, niſi cauſa adſit, ex qua Ius Diuinum diuertere permittat. *Matth. XIX. 9.* Quae non poterit non per ſe operari mutuum adiutorium quoddam, non minus ſacris litteris conforme, *I. ad Cor. VII. 3.* alterique imponet, alterum, certe inopem, alendi, aduerſaque valetudine oppreſſum, mediate potius, quod aliunde, quam immediate curandi, officium. Liberorum ex eiusmodi matrimonio procreatorum immaculata natiuitas, modice eos caſtigandi licentia. Obligatio liberorum, parentes, ſi forte eos nouerint, pie colendi et obſeruandi. Parentum, liberos alendi, mediate, vel immediate, vtque reipublicae vtiles euadant, educandi, in

quo ipſo tamen nihil differt noſtrum a concubinatu. Quaeque ſunt id genus alia.

§. XIII.

Recenſentur quaedam noſtri concomitantia.

Quicquid vero, praeter, et, ſi ius Romanum reſpicimus, contra Ius Naturae, leges ciuiles nuptiis, ſecundum praecepta ſua initis, tribuunt, non poterit non hoc loco exulare, §. *12. l. d. Nupt.* Et, quae praeterea dici poſſunt, ita non ſunt comparata, vt, a noſtro plane diuelli non poſſe, videantur, ſed naturae eius tantum inſeruiunt. In quibus potiſſimum recenſenda erit diuerſa coniugum conditio, mariti videlicet, quam vxoris, honeſtior. Quae enim facile mulier, non obſcuro loco nata, eiusmodi conditionem non adſpernabitur, quae, vt lateat qualitas coniugalis, non poteſt non illius famam vehementer ſugillare. Certe ſimilis conditio coniugum cohabitationem non admittet, qua ſe priuari aegerrime patietur, conſentient omnes, amor coniugalis. Taceam, quemadmodum ſcimus, inaequalitati perſonarum, quae ineundis nuptiis reſiſtebat, concubinatum Romanorum *l. 3. 5. D. d. Concub.* et matrimonium ad Morganaticam Germanorum debere natales, ſaepius eandem furtiuos amores ſuadere potiſſimum. Nec enim hodie, quamuis nihil moneat Princeps, plane nullam natalium habere rationem, pati videtur exiſtimatio. Deinde liberorum educatio a dignitate patris aliena, eaque vel a ſola matre ſuſcipienda, vel exercenda per alios cum qualitate noſtri coniugii amiciſſime conſpirat, nec naturalem rationem vllo modo offendit, quae hoc tantum parentibus imponit, vt liberos reipublicae vtiles forment. Et quis hanc laudem, quis haec merita vilioris conditionis hominibus, quos videmus artibus praeſtare minus liberalibus,

bus, denegare sustineat? Et quae alia, pro eo, quod ad ineundum tale matrimonium quemque impulit, per se patent, et, vt obseruentur, sana ratio insinuat. Modo id in genere notes, quae ad essentiam coniugii non pertinent, pro lubitu pactis eorum, quorum interest, id est, coniugum, posse mutari, si ex natura illius promanent, in quae scilicet, nulla mentione facta, tacite consensisse censentur coniuges, vel determinari, si ne ex natura quidem coniugii consequantur.

§. XIV.

Num salva conscientia nostrum contrahi possit, inquiritur, idque limitatur.

Id vero, cum in matrimonio conscientiae versemur, praecipue videtur considerandum, et aliquanto curiosius examinandum, salua conscientia iniri illud possit, an minus. Quod affirmare fortes, negare non infirmiores suadent rationes. Mihique vtrum propugnarem, diu parum constitit. Ante omnia supponendum est, nobis rem esse cum coniugio, quod ius Divinum immediate nequaquam offendat. Huc pertinet, vt masculus vni tantum se sociauerit, *I. ad Cor. VII. 2.* neque eam duxerit vxorem, quam coniugali amore amplecti sacrae Pandectae prohibeant, quacum videlicet sanguine vel affinitate propius coniunctus sit. Cuiusmodi matrimonium, iure Diuino incestuosum, dicitur, quod quibus modis, et quotupliciter contingat, nemo facile eorum, qui ad *Tit. Inst. d. Nupt.* et *Digest. d. Rit. Nupt.* commentati sunt, silentio praeteriit, quodque adeo, ne cramben centies coctam et recoctam rursus recoquam, huc transcribere supersedeo lubenter. Vnicum, quod praecipue ad forum conscientiae pertinet, intactum relinquere non possum. Scimus, neque ICtis, neque Theologis constare de quibusdam

gradibus, permitti an prohiberi dicendum sit iure Divino matrimonium, e. g. defunctae vxoris sororem superstitem ducere liceat nec ne? De his duae regulae mihi videntur tradi posse. Primo: quicunque gradus, (loquor enim cum ICtis) inter Theologos non conuenit, ad permissos referendus sit, an minus, ad illicitos rectius ablegatur, etiamsi, affirmantium Diuinam permissionem, grauiores, quam negantium, rationes appareant. Deinde: quicunque diserte quidem in sacris Digestis inter prohibitos non recensetur, quem tamen et alium prohibitum vel minima intercedit similitudo, rectius arcetur quam admittitur. Quanquam enim credendum haud est, vel minimam dedisse Deum peccatis occasionem, sed, quid ab hominibus fieri velit, luculenter demonstrasse. Hoc inquam nihil impediente, aeternum infortunium, etiam vehementer incertum, et, procul abesse, quam imminere, probabilius, satis graue esse censeo, vt in eo euitando ne gravissimi quidem certissimique boni habeamus rationem. Deinde nouimus, quanta sit hominum inconstantia, vt, quod verum agnouerint, breui falsum reprobent, praesertim, si graues animi motus, quos amor inprimis excitat, iudicandi vim infirmarunt, vel impedierunt. Ex quo facile contingere potest, vt, sedato factoque tranquilliore feruore sanguinis, adeoque cessante hoc impedimento, commissi contra Diuinam voluntatem horror mordeat conscientiam, et, per hoc, diuortium operetur, Deo vehementer exosum. Tandem hac occasione WILLENBERG. *in Differt. hui. arg. §. 19.* id quoque monet, ne studio coniuges prolis conceptionem euitent, siue Onaniticum crimen committant. Recte a tanto scelere abstinere iubet, sed non suo loco. Etenim quum dicit, cauendum esse coniugibus ab istis artibus, concedit adesse coniugium, si talia perpetrentur, vt spes sobolis euanescat. Verbo. Castratum a

nuptiis

nuptiis non remouet. Quid enim interest, natura aliquem generandi facultate, an studio quis ea se ipsum priuet? Posito igitur matrimonio, nefarium istiusmodi crimen per se intelligitur exulare, quoniam cum essentia illius pugnat, de qua supra vidimus, et, quid nobis de ea re videretur, fusius exposuimus.

§. XV.

Noua limitatio.

Eorum igitur omnium, quae, occasione matrimonii, a Deo prohibentur, nihil in hoc nostro deprehendi, suppono. Quod et per vocem conscientiae datur intelligere, nec ego intactum reliqui, quo ipso de eiusmodi coniugio agere professus sum, quod nulla in re Diuina violet praecepta. Sed, etiamsi haec supponantur, magni semper est momenti quaestio, conscientiam hoc matrimonium offendat, an minus, quamque negare, an affirmare mallem, diu dubitaui. Inueni tandem, nec vniuersaliter eam affirmandam, nec negandam esse per omnia. Ius Diuinum praecipit, vt nos Principi submittamus, cui subiecti simus, minitatque praesens et repentinum infortunium, qui iussibus illius refragantur. Ex quo praecepto vtique videtur negandum, posse vnquam, salua conscientia, clam iungi foedus coniugale, quia Serenissimus Saxoniae Elector non tantum sponsalia coram testibus, sed et matrimonium in facie ecclesiae, mediante hierologia Sacra, a ciuibus suis postulat celebrari. Speciosum sane argumentum, pariter ex ratione Iuris Naturalis, quod iussibus Principis, cui quisque est subiectus, parere non minus praecipit. Sed salua res est. Conscientia non tantum respicit verba legum, sed et rationes simul indagat, atque examinat, quae ad ferendam legem impulerint

Principem. Age noſtram cauſam conſideremus. Requiri cernimus ſponſalia publica, trinam proclamationem, ſacerdotis benedictionem. Cur haec omnia? Iſtud et illud, vt de nuptiis conſtet futuris. Quod partim intelligitur, quia duo teſtes requiruntur, quorum teſtatione veritatem ſcimus euinci. Partim, quia perſonis nobiliori loco natis coram Superintendente iurantibus, vel certe in vim iurisiurandi aſſerentibus, ſe nulli de matrimonio antea fidem dediſſe, proclamatio ſolet remitti. Hoc, vt religio coniugum, in obſeruandis officiis futuri ſtatus, excitetur. Et cur de futuris, cur de conſummatis nuptiis conſtare debet, cur excitari coniugum religio? Vt cuique ius quaeſitum praeſtare, fidem vtrinque datam cuſtodire, officiis coniugalibus inuigilare, polygamiae exercendae obuiam ire, verbo, Diuinis circa matrimonium praeceptis auxiliari poſſit Iudex ſecularis ſua auctoritate, quod praecipue in euitandis delictis carnis videbatur neceſſarium, et prudentiſſimo conſilio fuit conſtitutum. Sed haec omnia, quibus obuiam ire intendit Legislator Sereniſſimus, exulare ſupponimus. Iudicem illud rigidum, conſcientiam, reſpicit, ſicque, cane peius et angue, fugit, quaecunque iure Diuino prohibita intelligit. Parentum quoque ius Patrium deſiderat conſenſum. Ne offendantur neglecta reuerentia. Non offenduntur. Quia ignorant coniugium, et ignorati nulla eſt cupido.

§. XVI.

Alia additur limitatio.

Neque hic adquieſco. Non tantum poſtulo, vt exacte omnia obſeruentur, quae Deus coniugibus officia imponit, quibusque Princeps ſuccurrere ſtuduit. Con-

Concedo potius, peccare non minus, qui formae et ordini a Principe praefcripto, praeter neceflitatem, fe fubtrahunt. Contra defendendos effe propugno, qui, feruori fanguinis refiftere impares, fiue, vti loquuntur, dono continentiae non funt praediti, fimulque facultate, publicas ineundi nuptias, moraliter deftituuntur. Quod accidere poteft varie. Ponas, nobilem inferiorem, qui ex matrimonio publice et folenniter gefto numerofam prolem accepit, quam, fi magis accrefcat, maximo fibi et familiae detrimento fore, fapiens metuit. Quae huic alia via demonftrari poteft, honefte euitandi huius periculi, denegata priuatis, ad morganaticam ducendi vxores, facultate. Ponas virum, honoribus confpicuum, opibus nullis, cui ex dignitate alendo vix foli fufficiunt reditus. Ponas alium, honefto loco natum, mediocri fortuna inftructum, imparem, ex quo reditus augeat, praeeffe muneri. Vterque puellam deperit ex cafa prodeuntem, virtutibus, non opibus, dotatam. Rident probrum ex in aequalitate conditionis metuendum, malamque aliorum linguam, id vero iuftius verentur, ne, publicis cum eiusmodi perfona nuptiis celebratis, ad mendicitatem breui redigantur. Confideremus, publicum et folenne, an confcientiae matrimonium prudentius, ipfique reipublicae, et, per hoc, Principi vtilius, adeoque confultius iuftiusque in propofitis videatur exemplis. Adfunt coniuges probi, religiofi, et, quodcunque effentia et natura coniugii poftulat, virtutis amore diligenter obferuantes, celandae fidei matrimoniali prudenter inuigilantes, verbo, nulla ratione turbantes ordinem reipublicae. Pofitis his, ex vtraque parte praefentia examinemus exempla. Prodeat nobilis viduus, cuius menfam multa circumfidet familia. Deftituitur continentiae dono. Iterum ducit vxorem, ducit hanc quoque more folenni, nec ducit minus foecundam. Moritur

ritur breui, ſubſtantia diuellitur. Vidua dotalitium ex feudi reditibus exigit. Oppignoratur feudum. Haud mora. Alienatur bonum auitum. En liberos ad mendicitatem redactos, qui minus liberalibus artibus inuigilandis erubuerant! En inutilia reipublicae pondera! Non putarem admodum rara eſſe eiusmodi exempla. Prodeat vir ſummis in republica honoribus conſpicuus. Prodeat alter, mediocri fortuna inſtructus, carens munere. Ducant vilioris conditionis, pauperem, quam depereunt, foeminam, et publice ducant. Augentur ſumtus. Negligitur liberorum educatio. Omnibus breui cum duriſſima militandum erit egeſtate. Contra hi omnes conſcientiae ineant coniugium. Nobilis viduus clam ducat minus honeſtam. Exerceat haec operas antea ſolitas. Liberi minus liberalibus, pro vxoris conditione, artibus erudiantur. Sufficient reditus, conſeruabunt liberi prioris matrimonii auitum bonum, et ex altero procreati ignorant natales, pigritiae ſuaſores, et induſtria ſua reipublicae vtiles, etiamſi minus liberales, praeſtabunt operas. Idem de reliquis erit dicendum, qui non minus valebunt ſuſtentandae, pro connata qualitate, vxori, educandisque liberis, et ſupererit fortaſſe; quod viduae, liberisque teſtamento poſſit adſcribi.

§. XVII.

Poſitis hiſce finibus permitti priuato poſſe conſcientiae matrimonium defenditur.

Quibus ſi limitibus matrimonium noſtrum circumſcribimus, vt illud, quemadmodum diximus iis ſolum concedamus, qui morali, vxorem ſolenniter ducendi, facultate non praeſtant, ſiquidem ſplendori familiarum proficit potius, quam officit, ſalutique publicae egregie inſeruit, et praeterea vnicum contra illicitam Venerem

nerem apparet aſylum, neque in ſe illud eſſe reprehendendum, neque Principem eo, ſi cum cauſis ad illud contrahendum impellentibus innoteſcat, offenſum iri, perſuaſum habeo. Praeſertim, cum, vxores et liberos quibusdam iuribus a lege ciuili ipſis tributis exui, et per naturam ſit permiſſum, et ipſi illuſtres, ducta ad Morganaticam vxore, ſaepius approbauerint. Porro aequiſſimum ſit, fauori ſuo vxorem poſſe renunciare, ac denique, quod a diffidentia erga Deum ducitur argumentum, inepte huc trahi, dudum fuerit euictum. Minus aequum igitur, ſummi alioquin iudicii vir VLRIC. HVBERVS in *Praelect. ad Pand. Tit. d. Concub.* §. 3. ſe praebuit hoc loco Iudicem, qui ita diſſerit indiſtincte; *vt coniunctio matrimonialis inculpata videri queat, contrahentes, id palam prae ſe ferre, oportere videntur rell. rell. Nam clandeſtina coniunctio, licet hoc animo, vt indiſſolubilis ſit, tamen, ſi abſit titulus, honorque matrimonii coram Eccleſia et hominibus, non videtur honeſtari, nec ſcopo nuptiarum in liberis, qui illegitimi naſcuntur, ſatisfacere: etſi vulgo mariage de conſcience, matrimonium conſcientiae appelletur.*

§. XVIII.

Deciſ. Nouiſſ. Electoral 31. exponitur primum membrum.

At inclamabunt, heus, quae tu propugnas? An ignoras Nouiſſimam Deciſionem Electoralem XXXI. ſententiae tuae e diametro aduerſam? Tibine Sereniſſimo Legislatore Saxoniae ſapientior videris? Nequaquam. Vt potius prudentiam illius inſignem, inſigne tranquillitatis publicae agnoſcam ſtudium, inſignem denique in hac ipſa lege ſententiae meae confirmationem potius, quam reprobationem. Duo ſcilicet membra continet. Prius: ſponſalibus, a maſculo adultae

aetatis,

aetatis, cum foemina honesta clam, et neglecto parentum consensu, initis, iisdemque, ante quam parentes certiorem sui dissensus fecerint mulierem, concubitu confirmatis, perfectum agnoscit matrimonium, quanquam assentiri recusent, absque ratione sufficiente, parentes, hosque simul admonere iubet, vt consentiant potius, quam, violata religione, matrimonium vrgeant dissoluendum. Agnoscit ecce Serenissimus Legislator perfectum consummatumque, ante sacerdotis benedictionem, coniugium, nec, nisi saucia religione, dissoluendum.

§. XIX.

Eiusdem posterius membrum explanatur.

Idemque in posteriori nostrae Decisionis membro declarat, quod videlicet exceptionem, eandemque admodum angustis circumscriptam limitibus, exhibet, regulam in casibus non exceptis confirmantem. Decernit nimirum, vt sponsalia, quibus parentes ab initio, solidis innixi rationibus, contradixerint, neque concubitu, neque sacerdotis benedictione sortiantur valorem, et nullo modo in matrimonium transeant. Iniuste, igitur, dissentientibus Parentibus, matrimonium est firmum, iuste vero et prudenter ipsa inire sponsalia si prohibuerint, in cassum perficere conantur et consummare liberi coniugium Id, quod, grauissimis permotus rationibus, Serenissimus Elector, et inprimis publicae salutis gratia, constituit, scilicet partim, vt caueant liberi negligere, quam parentibus debeant, obedientiam, partim, et hoc praecipue, ne imprudentes, in contrahendis nuptiis, iuuenes, quod saepius fieri, quotidiana, proh dolor, comprobat experientia, pessime sibi consulant, vitamque parent, miserrime, et fortasse cum summo ipsius reipublicae incommodo,

(neque

(neque enim hoc eſt infrequens) tranſigendam, ſatius eſſe ratus, hac in re admittere exceptionem, quam regulae ſtare, cum primi Iuris Naturae praecepti, id eſt, publicae ſalutis, quadam offenſione. Hanc enim principem huic legi ſubeſſe rationem, non violatam pietatem, ex eo luculenter apparet, quod coniugium, cui parentes, absque praegnanti cauſa, reſiſtunt, ea firmum agnoſcit.

§. XX.

Ex prioribus excellentia deciſionis demonſtratur, eaque cum noſtris principiis conciliatur.

Quis igitur Sereniſſimum incuſare ſuſtineat Legislatorem, vt potius excellentem, in hac ipſa lege, temperantiam, prudentiam, bonique publici ſtudium admiretur venerabundus. Et procul abſit, vt vel minime offendi hac occaſione Summi Numinis praecepta propugnemus. Quamuis enim naturae lege aliter comparatum, nec tantam ex ea, iuri parentum in liberos tribui poſſe efficaciam ſupra Cap. II. §. 12. demonſtrauerimus; ſcimus tamen, partim, integrum eſſe humano Principi, vt vel respublica id ſaepius exigat, in quibusdam hypotheſibus quodammodo a Iure Naturae recedere, partim vero, huic Deciſioni, pietatis violationem, principem non ſubeſſe rationem, modo probauimus. Et quamuis deinde euicerim, hanc eſſe Iuris Diuini, diſerte in ſacris Pandectis promulgati, mentem, vt, praeter deſponſatorum conſenſum, ad perficiendum coniugium nihil pertineat, perfectumque nullo modo et a nemine debeat reſcindi: Nullibi tamen a Deo legimus prohibitum, quominus Principi, cui ipſe ius tribuit ciuium ſuorum dirigendi actiones, liceat, facultatem, conſentiendi matrimonio, illudque ſuo conſenſu perficiendi, aliquatenus reſtringere, et quibusdam

busdam quasi limitibus circumscribere. Quamuis denique Cap. II. §. 12. etiam hoc Deo displicere probauerim, si non disertis legibus, earum certe argumentis, hoc profecto humano legislatori denegari nequit, vt potius, ad coërcendam immorigerorum petulantiam, suadendum esse videatur, eiusmodi coniugium, effectuum ciuilium respectu, declarare nullum. Id est, cauere, quominus eiusmodi personis sibi inuicem cohabitare liceat, nec in suo territorio legitimi censeantur liberi ab iis procreati. Quia vero Iure Diuino talem coniunctionem matrimonii nomine compellandam, neque adeo penitus dissoluendam esse, adductis supra argumentis, ostendi, arbitror, eiusmodi coniuges conscientia sua obligari, vt, relicta patria, alibi receptaculum quaerant, sibique officia coniugalia inuicem exhibere continuent. Quod si fecerint, status, in quo versantur, quanquam diuerso respectu, non inepte tamen, conscientiae matrimonii recipiet appellationem. Sin his obsequi consiliis dubitent, quia graue est, patriae fines et dulcia linquere arua, admittam, ne Iudex videar nimis rigidus, dummodo a nuptiis, cum alia persona contrahendis, abstineant, si forte, quam precibus impetrare non potuerint Principis veniam, vinci nesciae sibi conciliare obtingat constantiae.

COM-

II.

COMMENTATIO IVRIS CIVILIS.

De marito fundi dotalis domino.

§. I.

Romani cives ſuos variis modis ad nuptias inuitarunt.

Nihil omiſiſſe Romanos, facile inter omnes conſtat, quo ad ineunda matrimonia excitarent iuuenes. Quod inſolens & alienum videbitur in gente ſub Ioue calido nata. Praeſertim, cum noſtri, longe frigidiorem ſpirantes aërem, nimium fere, nimiumque frequentes contrahant nuptias, et huic fere auidius negotio, quam pani quaerendo inhient. Neque tamen eſt, quod mireris. Abſit, vt ſegniores noſtris ad Venerem putes vnquam fuiſſe Italos. Vt potius vitii huius rationem in mollitie, vt eo commodius ſoli et luxurioſius viuere poſſint, paruaque, et ipſi naturae infenſa libidine, quam in popularibus ſuis plus vno loco, et elegantiſſime Od. VI. L. III. plangit Horativs, quamque ab omni tempore odio habuerunt, deteſtatique ſunt Germani, putes eſſe collocandam. Quicquid id eſt, huc certe refer omnia, expoſita legitimis connubiis, praemia. Quo, inter alia, et inprimis quidem, pertinent iura dotium. Non enim ſic inter omnes, omni tempore, inualuiſſe gentes, nouimus, vt a muliere vir,

quo sustineret matrimonii onera, acciperet. De maioribus nostris, vt alios praetermittam, sic TACITVS *German. cap. XVIII.* diserte tradit: *dotem non vxor marito, sed vxori maritus offert.* Quod vero saepius deprehendimus, vt mala causa bonos etiam interdum producat effectus, id etiam hoc loco, in dote puto a Romanis constituta, agnosco.

§. II.

Quo pertinent etiam iura dotium.

Romano igitur iure vir mulierem, non mulier virum inuenit emptorem. Quod satis clare innuit *l. 2. D. d. I. D.* vbi haec legimus; *interest reipublicae, mulieres dotes habere saluas, propter quas nubere possint,* Eodemque recidit *l. 1. D. Solut. Matr.* quae *Dotium causam semper et vbique praecipuam dicit*, addita ratione: *nam et publice interest, dotes mulieribus conseruari, cum dotatas esse foeminas, ad sobolem procreandam, replendamque liberis ciuitatem, maxime sit necessarium.* En causam dotis constituendae cum ipsius reipublicae salute arctissimo coniunctam vinculo, en insignem ex hac ipsa ratione in iure Romano dotis gratiam. De qua etiam praeterea implicite plurima testantur iuris capita. Hinc pater filiam, separato non instructam peculio et honesta nubendi conditione destitutam, contracto etiam matrimonio, ex suo dotare tenebatur, *l. 60. l. 66. §. 4. D d. I. D. l. 6. D. d. Collat.* et locupleti dotem constituens, ex suis, non ex propriis filiae bonis, constituisse praesumebatur *v. l. vlt. C. d. Dot. Promiss.* Quae tamen iure nostro aliter constituta nouimus *Decis. El. nouiss 29.* Hinc stipulatio de restituenda dote intercessisse fingitur, et hanc, contra iuris Ciuilis rationem, bonae fidei constituit IVSTINIANVS. *l. vn. §. 2. C. d. R. V. A.* Hinc marito pariter atque

atque vxori, dotis intuitu, firmata legibus *hypotheca*. Quin ad eſſentiam ſolemnis coniugii dotis conſtitutionem IVSTINIANVS requirit §. *fin. I. d. Nupt.* Taceo alia, de fauore dotis non minus locupletia teſtimonia. Et hic exigere videbatur dotis fauor partim, vt idonea praeſtaretur vxori de reſtituenda ea, ſoluto matrimonio, cautio, partim, vt ne nimium arctis mariti, de ea diſponendi, facultas circumſcriberetur limitibus. Nos quidem conſtituimus hoc loco, quale ius marito, ſecundum iuris Ciuilis placita, in dotali fundo tribuendum eſſe videatur, breuiter inquirere.

§. III.

Definitur dos. Inſtituti ratio.

Dos nobis eſt pecunia, data marito, quo facilius et commodius ſuſtineret onera matrimonii. *Pecuniae* verbum in iure noſtro illo quidem *rei* eſt anguſtior *l. 5. D. d. V. S.* quae videlicet omnia complectitur, quae ſua natura, etiamſi non augeant, augere poſſunt noſtrum patrimonium, vnde, in priuatorum patrimonio, et extra illud, rerum nouimus diuiſionem. Ipſum tamen etiam latiſſime patet. Complectitur ſecund. *l. 178. D. d. V. S non ſolum numeratam pecuniam, verum omnem omnino pecuniam, hoc eſt, omnia corpora.* Neque etiam de bonis ſoli dubitare licet, quorum hic VLPIANVS diſerte mentionem non facit. Sufficit enim, quod dicit, omnia corpora, et immobiles aeque res, ac mobiles corporalium appellatione contineri. Specioſius ex hac lege dubium nominibus, actionibusque, et omnino iuribus obiici poſſet, quae non tantum non contineri corporibus, verum his etiam opponi nouimus. Sed, etſi de his nihil dixit VLPIANVS, certe, aliud innuere voluiſſe de incorporalibus rebus, propterea exiſtimandus non eſt. Tacuit de iuribus, et ſic

ex hoc VLPIANI dicto, neque pro iis, neque contra ea, quidquam euinci poteſt, quum, altero poſito, alterum non excludatur. Clarius loquitur PAVLVS in *cit. l. 5. eod.* qui pecuniam ad ea refert omnia, quae in patrimonio ſunt, quod in iura aeque, ac in corpora, in res ſoli aeque, ac res mobiles, cadit. Planeque omnia, quae in hanc rem moueri poſſent dubia, propellit HERMOGENIANVS in *l. 222. D. eod.* vbi: *Pecuniae nomine, non ſolum numerata pecunia; ſed omnes res tam ſoli quam mobiles, et tam corpora quam iura continentur.* Hanc generaliſſimam ſignificationem *pecuniae* verbo tribuimus, vt appareat, omnes res, cuiuscunque demum ſint generis, modo commercio priuatorum non ſint exemtae, in dotem dari poſſe. Quod ipſum ex ratione dotis conſtitutae; quo facilius ſuſtineat maritus, familiae caput, matrimonii onera, colligere licet. Ex hac inquam intelligitur, quaecunque bonis interreſſe dicantur, huc omnia pertinere, *l. 49. D. d. V. S.* quia prodeſſe nobis, id eſt prouentus noſtros augere, indeque ad vitam commodius tranſigendam poſſunt conducere. Nos quidem, hoc loco de mobilibus parum ſolliciti, ſoli dotali fundo inhaerere conſtituimus, ab eoque ſatis largum expectamus pabulum. Neque omnino ad nos dotalis fundus pertinebit. Aeſtimato enim fundo, cum quantitas debeatur, non corpus, plenum dominium eſſe translatum, facile patet, nec eſt per *l. vn. §. 9. C. d. R. V. A.* quod dubites. Dicendum erit potius de fundo, qui naturam boni immobilis ſaluam habet, id eſt, qui, ſoluto matrimonio, ad mulierem reuertitur, quod vel plane non aeſtimatus eſt, vel certe non, vt vendere liceat, ſed, vt, admiſſa deminutione, conſtet, quid ſupplendum ſit, ſiue, quo pretio repoſci fundus poſſit, *l. 21. C. d. I. Dot.* cuiusmodi aeſtimationem taxationis cauſa factam nominant interpretes. Caeterum, etſi fundi appella-

pellatio, quod vſus loquendi teſtatur, inprimis tribui ſoleat praediis ruſticis, hoc loco vrbanis etiam communis eſt, et omnia in genere bona immobilia comprehendit *l. 13. pr. D. d. Fund. dot.* quemadmodum, de tigno iuncto actione omnem omnino noſtram, ſolo alieno inaedificatam, perſequimur materiam, *§. 29. I. d. Rer. Diuiſ.*

§. IV.

Fundus dotalis in dominio vxoris eſſe dicitur.

Hunc, igitur, fundum in dominio vxoris eſſe, omnes conſentiunt. Nec temere. Grauiſſima huius rei fidem faciunt argumenta. TRYPHONINVS in *l. 75. D. d. Iur. Dot. Dos*, inquit, *quamuis in bonis mariti ſit, mulieris tamen eſt.* Meum dici, quod in dominio meo eſt, et loquendi vſus teſtatur, et leges probant *l. 9. §. 3. D d. Acquir. rer. domin. l. 21. C. Mand.* Dictionem vero *in bonis eſſe* dominium non vbique denotare, ſed ea potius omnia innuere, quibus melior ſit noſtro conditia, ſatis clare indicat VLPIANVS in *l. 49. D. d. V. S.* Ex quo euincitur. *cit. l.* 75. vxorem quidem probari dominam dotalis fundi, non maritum. Eodem collineat *l.* 7. §. *12. Solut. matrim. dos quemadm. pet.* vbi VLPIANVS theſauri in fundo noſtro inuenti dimidiam partem vxori reſtituendam eſſe ſtatuit, addita hac ratione, quod non in fructu ſit theſaurus. Fructus enim, quia dos ad ſuſtinenda matrimonii onera infertur, ſoluto eo, in reſtitutionem venire nequeunt. Theſauri vero hanc eſſe naturam nouimus, vt domino inuentori integer cedat, ab alio vero inuentus, pro dimidia parte, ſit reſtituendus, cedente altera parte in praemium inuentionis Quae cum ita ſint, apparet, vxori tribui ab VLPIANO in *cit. l.* 7. §. *12.* dominium. Quod etiam PAVLVS probat in *l. 71. D. d. Euict.* qui

mulieris esse. AFRICANVS in *l. 4. D. d. Collat. bonor.* qui *in bonis esse matris familias*, iterum VLPIANVS in *l. 3. §. 5. D. d. Minor.* qui *proprium filiae patrimonium* dicunt fundum dotalem.

§. V.

Effectus dominii vxori in dotali fundo adscripti.

Hinc ad vxorem pertinet dotis periculum, ex *l. 10. pr. D. d. Iur. Dot.* vbi sic legimus: *plerumque interest mariti, res non esse aestimatas, idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat.* Idem tacite innuit *l. 42. D. eod.* ex qua rerum, in dotem datarum, quae pondere, numero, et mensura constant, et vno nomine fungibiles audiunt, periculum mariti esse videmus, simulque adeo facile colligimus, reliquorum omnium, quae speciei, non quantitatis debitorem maritum efficiunt, ad vxorem pertinere periculum. Huius vero praestationem cum dominio plerumque coniunctam esse, nemo ignorat. Hinc etiam *l. 3. C. d. R. V.* fundo dotali a matre, vel marito etiam, alienato, rei vindicationem vxori tribuit, diserteque sancit: *maritus fundum tuum, inuita vel ignorante te vendere iure non potuit, sed rem tuam a possessore, etiam non oblato pretio, poteris vindicare.* Quo tamen loco subintelligenda videntur verba: *Soluto matrimonio*, prout innuit. *l. 30. ab init. C. d. Iur. Dot.* et *l. 9. C. d. R. V.* in qua ipsa *l. 30.* res dotales perpetuo in dominio vxoris, durante matrimonio, naturaliter permanere IVSTINIANVS constituit. En disertas leges, en argumenta legum admodum grauia, quae fundi dotalis dominium, in cuius naturam inprimis inquirere constituimus, vxori vindicant.

§. VI.

Idem ius ciuile maritum quoque fundi dotalis dominum dicit.

Age conſideremus, an leuiora ſint, quae, ex eodem iure petita, efficere debent, quominus infirmius dominio ius marito adſcribere valeamus. Modos adquirendi dominii, Naturali pariter, atque Ciuili iure, duplicis eſſe generis nouimus. Aut enim res noſtra debet fieri, quae nemini dum adquiſita eſt, aut ex alterius in noſtrum tranſire dominium. Hinc in originarios ac deriuatiuos adquirendi modos, interpretum diviſio. Quae duo id potiſſimum intereſt, vt in illis ſola ſufficiat, adquirendi animo facta, occupatio vel apprehenſio, in his vero hanc et idonea, ad dominii translationem, cauſa, et, praecedere, traditio, debeat, vbicunque vero cauſa eiusmodi, quam vulgo titulum ad transferendum dominium habilem dicunt, traditionem praecedat, ab altero in alterum, quod ex ipſa appellatione colligere poſſis, dominium tranſeat. IVSTINIANVS §. 40. *I. d. Rer. Diuiſ. et Acqu. Rer. Dom. quae ex dotis cauſa tradantur, transferri dicit.* Idem PAVLVS in *l.* 47. §. *fin. D. d. Pecul. prout venditione aeque dotis datione mutari dominium.*

§. VII.

Quo ipſo fatetur dotis cauſam transferendo dominio inſervire.

Nec obiicere licet, hoc de muliere, cui pater, vel etiam extraneus dotem conſtituit, accipiendum, atque adeo ſic tenendum eſſe; quicunque dotem conſtituit, dominium eius rei in dotem datae in mulierem transmittit. Haec enim interpretatio non tantum nulla lege ſuſtinetur, ſed et iuris rationem, ipſamque dotis notio-

 nem,

nem, offendit, quae non vxoris ſed mariti reſpectu dicitur, cui ad commodius ferenda matrimonii onera infertur. Vnde tum demum pecunia intelligitur dotalis, tum demum praedium dotale audit, ſi quaeſitum eſt marito illius dominium, *l.* 13. §. 2. *D. d. Fund. Dot.* et *l.* 23. *C. d. I. D.* illud alienare vxor prohibetur, addita ratione, quod rei dominium marito quaeſitae inuito auferre minime poſſit. Neque diſtinguere licet inter fundum aeſtimatum, et eum, qui, omiſſa aeſtimatione, ſimpliciter in dotem datus eſt, quemadmodum ſtatim ex *cit. l.* 13. §. 2. *D. d. Fund. Dot.* apparet, quae diſerte de eo fundo diſponit, cuius alienatio ex parte mariti eſt prohibita.

§. VIII.

Nec inter qualitatem rerum diſtinguere licet.

Potius rationi iuris Ciuilis egregie reſpondet, vt omnino dotis datione dominium transferatur, nec admittatur diſtinctio a qualitate rerum deſumpta. Scilicet perpetuam dotis cauſam nouimus, *l.* 1. *D. d. I. D.* quum, etſi haud rara fuerint Romanis diuortia, nuptiae tamen ſemper in omnem vitam contraherentur, prouti definitio IVSTINIANI earum §. 1. *Inſtit. d. Patr. Pot.* indicat. Et ſic in genere tenendum eſt, vt, quae non ex temporaria cauſa, veluti locati, ſed perpetua tradantur, dominium tranſire faciant. v. CVIAC. *Paratitl. ad Titul. Cod. d. Iur. Dot.* Praeterea vero ipſe IVSTINIANVS, obiectioni, ab inpermiſſa alienatione, mouendae contra mariti dominium, occurrit *Pr. Inſtit. Quib. alien. lic. vel non.* quo ipſo dicit: *maritum alienare fundum dotalem prohiberi, quamuis illius ſit.* Vt vel ipſa illa cautio *legis Iuliae:* quominus alienet maritus fundum dotalem, dominium illius luculenter confirmet. Quis enim tam parum comis ſit, prope dixerim

rim iniurius, in autores iuris Ciuilis, vt putet, rem plane inutilem agere eos voluisse, legemque ferre plane nullius momenti. Et qualem quaeso praestitisset vtilitatem sanctio; ne alienet maritus fundum dotalem, si antea iure aliquo fuisset gauisus, quod, natura sua, alienandi veniam possessori suo haud concessisset. Cauere, quominus fructuarius alienet, superuacaneum certe foret, si non absurdum.

§ IX.

Nec destituitur effectu adscriptum marito dominium.

At forte nudum nomen est adscriptum illud marito in iure Romano dominium. Neutiquam. Prostant insignes dominii effectus, iidemque soli dominio proprii, nostroque, cum omnibus aliis dominis, communes. Sic VLPIANVS marito vindicationem rerum dotalium amotarum contra vxorem concedit in *l. 24. D. Rer. Amot.* ibi: *ob res amotas, vel proprias viri, vel etiam dotales, tam vindicatio, quam condictio viro adversus mulierem competit, et in potestate est, qua velit actione vti.* Nec opineris, ex eo, quod hoc loco ICtus inter res mariti proprias atque dotales distinguit, apparere, nullam esse mariti proprietatem rerum dotalium, sed aliud quoddam ius infirmius dominio, reale tamen, atque adeo vindicationis vocabulum ex *l. 25. pr. D. d. O. et A.* interpretandum esse, vbi omnibus in rem actionibus commune dicitur. Quae distinguendi ratio non tantum propterea per se statim concidit, quod aperte sententiae VLPIANI repugnat, qui hoc ipso, quod aeque dotales, ac proprias suas res, si amotae ab vxore fuerint, recte vindicare dicit maritum, hoc, inquam, ipso declarat, nullam vtrasque intercedere differentiam, sed eadem vtrasque actione, iure suo, maritum persequi. Nec adeo proprias mariti res a dotalibus separat, vt indicet, nullam esse huius in re-

bus dotalibus proprietatem, ſed, quia vxoris etiam in dotalibus quibusdam rebus aliqua eſt proprietas, etſi durante ſuſpenſa matrimonio, reliquas mariti res eius proprias per excellentiam dicit, id eſt, quae nullo alterius iure afficiantur, ſed in pleno ſint et abſoluto mariti dominio, quarum dum ſimiles dicit res dotales, dum, eodem iuris remedio peti poſſe, profitetur, has quoque, abſit, ut neget proprias eſſe mariti, vt potius confirmet. Deinde, ſi forte illud VLPIANI reſponſum ad ſolas res mobiles et aeſtimatas immobiles pertinere defendas, itidem vehementer erres. Non dicam, quod idonea deſtituimur diſtinguendi ratione, ſed, quoniam idem, quod ICtus *cit. l.* in genere de dotalibus rebus diſputat, de ipſo fundo in *l. 23. C. d. I. D.* diſerte conſtitutum deprehendimus.

§. X.

Qualem ſiſtit rei vindicatio.

En igitur nouum, et inſigne quidem, dominii marito in dotali fundo competentis, argumentum. Ad quam enim rem recipiendam actio nobis tribuitur, ea ſine dubio noſtra eſſe debet. Nec dubium mouere debet *l. 204. D. d. R. I. Minus eſt actionem habere quam rem.* Quod enim hic POMPONIVS minus ineſſe dicit actioni quam rei, quae illa petitur, absque dubio poſſeſſionis commodum reſpicit, quod pluribus euicit IAC. GOTHOFREDVS in *Commentar. ad Titul. Digeſt. d. D. R. I. A. h. l.* Eſtque adeo propterea melioris conditionis, qui rem ipſam habet, illo, qui actione illam recipere intendit, non, quod fortiori vtatur iure, verum, quod poſſeſſionis, quae varia ſunt, commodis fruitur, quibus hic vtique deſtituitur. Ad nos vero hoc nequaquam pertinet, qui de iure vnice quaerimus, de poſſeſſionis commodo parum ſolliciti. Atque ius illud

illud dominii omnino debet esse penes eum, cui actio ex dominio resultans adscripta est, quod non tantum ipsa rei natura demonstrat, sed plurimae etiam leges confirmant. Quo pertinet, quod PAVLVS in *l. 15. D. d. R. I.* ait; *qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.* Vbi nec offendere nos cum CVIACIO debet illud *videtur*, quod videlicet idem est, ac si dixerit ICtus, etsi rem non possidet, qui actione eam persequitur, idem tamen est, ac si possideat, quia eodem dominii iure fruitur. Indeque est, quod legatarius, cui fundus legatur, ad quem sola testatori actio fuerat, eum recte ab haerede luendum petit, legati nomine, secundum *l. 73. §. 2. D. de Legat. III. Habetur enim quod peti potest; censetur in bonis nostris esse, quod in actionibus, petitionibus, et persecutionibus est l. 143. l. 49. D. d. V. S.* et quod aliis effert verbis MODESTINVS *in l. 52. D. d. A. R. D. rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties amittentes, ad recuperandam eam, habemus actionem.*

§. XI.

Probatur, vindicationem, quae marito, respectu dotalis praedii, adscribitur, esse actionem ex dominio resultantem.

En dominii, disertis alibi verbis marito adscripti, effectum insignem, solum etiam, si alia deficerent, ad suscipiendam dominii pro marito probationem, suffecturum. Qui nec agnoscit, hoc loco, vulgarem illam, et communem, contra valorem rei vindicationis, in probando dominio, obiici solitam exceptionem. Qua nimirum dicunt, admodum esse vagum, et latissime patere verbi *vindicationis* ambitum, omnesque in rem actiones continere. Cuius rei mentionem fecimus in *Progr. nostr. de Emphyteutae iure,*

vero

vero dominio. Vbi ſimul adduximus notiſſimam illam *l. 25. pr. D. d. O. et A.* cui addam *§. 15. I. d. Action.* Et hoc ſane eſt veriſſimum. Sed nec minus verum eſt, propriam eſſe inprimis hanc appellationem actioni, ex iure dominii oriundae. Quod intelligimus, quum aliae, aliis, confeſſoriae, ſeruianae, quaſi ſeruianae, et, quae plura ſunt eiusmodi, nominibus inſigniantur. Ex quo conſequitur, ſi cui rei vindicationem adſcribunt leges, ſtatim intelligendam eſſe actionem ex dominii iure oriundam. Ratio: quia in dubio ſemper praeſumitur id, quod eſt proprium. Vnde, qui confeſſoriam defendit lege notari, vindicationis vocabulo, aut rationibus hoc probare debet, aut nihil agit. Quid igitur de noſtra cauſa dicendum erit? Vindicationem fundi dotalis marito tribui probauimus. Confeſſoriam ſubeſſe dicis, quia vſufructu definis mariti in fundo dotali ius. Sed argumentis opus erit, quibus hanc opinionem ſuffulcias, quum contra te militet praeſumtio. Prouocabis, abſque dubio, ad *l. 12. C. d. I. D.* in qua fundi, ex pecunia dotali, a marito emti dominium vxori, negatur, quaeri potuiſſe, ex quo recte infertur, fundum, ab initio, dotali cauſae deſtinatum, ſiue potius, marito, dotis nomine, illatum in dominio vxoris perſiſtere. Prouocabis ad omnes illas leges, quas ipſe ſupra adduxi ad probandum vxoris dominium, et fortaſſe etiam ad plures, quibus idem continetur, prouocabis. Salua res eſt. Etenim alia ex eodem iure Romano, quod vxori dominium tribuit, capitula congeſſi, quibus, eiusdem fundi, maritus dicitur dominus, quibusque adeo ſuſtineri debet, quam pro marito militare monebamus, praeſumtio.

§. XII.

§. XII.

Quod inprimis demonſtrat l. 23. C. d. Iur. Dot.

Sed et haec mittam. Gravioribus innititur mariti cauſa argumentis. Redeamus ad *l. 23. C. d. I. D.* eamque paulo curatius perpendamus. Reſcribunt Impp. DIOCLET. et MAXIM. non poſſe uxorem marito invito auferre quaeſitum dotalis praedii dominium. Quid inde? Sane, nullam eſſe, ſuſceptam ab uxore, alienationem, cum fundi, contra legem venditi, dominium in emtorem tranſire haud potuerit. An idem dicendum, ſi nudum dotis datio marito fructum praedii tribueret? Non putarem. Vſumfructum novimus, eſſe ius in re aliena conſtitutum, adeoque, etſi hic ſit penes alium in re noſtra, ſalvum conſervari proprietario dominium. Ex quo porro conſequitur, alienandi facultatem, conſtituto etiam uſufructu, eſſe debere penes proprietarium, et hunc ſolum ex uſufructu, quippe iure reali, effectum reſultare, ut, translato per alienationem dominio, res illa alteri ſerviens, cum onere ſuo tranſeat, prouti de pignore diſerte conſtitutum legimus in *l. 12. C. d. Diſtr. Pignor.* niſi pactum fuerit, ne debitori pignus vel hypothecam vendere liceat, quo facto nullam dicit alienationem. *l. 7. §. fin. D. eod.*

§. XIII.

Nec obſtat l. 7. §. fin. D. d. Diſtr. Pign.

Vteris forte hac lege, ut probes, non alienum eſſe, nullam dicere alienationem fundi dotalis ab uxore ſuſceptam, etſi, praeter uſumfructum, nihil ex eo marito tribuendum ſit. Scilicet cum BERGERO *in Oec. Iur. L. II. T. V.* §. *XI. not.* 2. ſic ex cit. *l. 7.* §. *fin.* concludes: quoties alienatio rei ſuae, contra pactum cum reali iure coniunctum, fiat, eam non ſubſiſtere. Nec obſtare dices, quod

quod eiusmodi pactum in uxore deficiat. Taciti enim et expressi eandem vim esse, et fingendam esse uxorem, quae iura debeat nosse, ubi lex ignorantiam non specialiter permiserit, hanc igitur propterea fingendam esse, intermittere alienationem ipsa dotis datione tacite promisisse, adeoque nullam esse uxoris alienationem, quum quasi contra promissum eam susceperit.

§. XIV.

Quod probatur.

Neque etiam opus esse, fingere uxoris promissionem, quum lex adsit, quae alienationem prohibeat, quaeque eandem, quam in pignore debitoris promissio, habere vim debeat. Argumentum satis concinnum, et acutum, sed speciosius profecto, quam verius. Est partim vehementer dubium, an generalis eiusmodi regula procedat. Dicit BERGERVS *cit. l.* alienatio, contra promissum ei factum, qui iure in re nostra gaudet, suscepta, est invalida, quod probat *cit. l.* 7. *§. fin. D. d. Distr. Pign.* ubi nulla fertur pignoris distractio a debitore facta, quod non alienare creditori hic promiserat. Num inde consequitur, idem de omnibus reali iure, extra pignus, munitis dicendum esse? Non existimo. Iuris communis ratio haec est, subsistere alienationem rei suae, etsi non alienare convenerit. Et quid hoc mirum, quum contrahentium conventiones hos quidem obligent, ipsam vero rem nequaquam afficiant? Quod ipse BERGERVS agnoscit. Illa igitur si pignoris intuitu, mutata est, iuris ratio, putasne propterea, idem de aliis in re iuribus dicendum, adeoque generalem exceptionem esse formandam? Affirmas propter similitudinem rationis quam in eo consistere dicis, quod sit facilius, magis extendere ius reale constitutum, quam recens illud constituere.

§. XV.

§. XV.

Eiusdem argumenti continuatio.

Equidem nego, non ex una ratione. Partim propter ipſam exceptionum naturam, quas firmare regulam in cauſis non exceptis omnes novimus, unde ad conſequentiam produci non debent contra ius commune conſtituta *l. 14. D. d. LL.* Partim vero, et hoc imprimis, propter pignoris rationem ab aliis iuribus realibus, et ſpeciatim ab uſufructu, mirum, quantum diverſam. Cauſa pignoris eſt perpetua, nec prius, quam reddito, ex quo obligata res fuerat, debito, deletur, niſi dominium conſtituentis fuerit revocabile. Hoc enim ſoluto utique debet evaneſcere *l. 31. D. á Pignorib.* De uſufructu alia omnia, qui ſua natura ad haeredes nunquam transmittitur. Ius pignoris eſt individuum, totamque rem obligatam afficit. *l. 16. §. 8. l. 29. §. 2. D. d. Pign.* Eandem dicis uſusfructus eſſe rationem, qui, fundo ſerviente prope penitus everſo, vel in minima eius parte conſervetur, ut ei reſtituto iterum integro inhaereat. Quod uerum eſt, ſi ad fructus percipiendi ius reſpicimus. Sin ad proprietatem, nequaquam. Hanc enim hic plane non ferit. Longe aliter de pignore, quod rem ſubiectam omnino, nulla diſtinctione, inter fructuum perceptionem ipſamque proprietatem, admittenda, obligat, quod ſtatim efficacia illius, quum urgeri ex eo poſſit alienatio, demonſtrat. Vnde etiam illud nemo, niſi verus dominus, et penes quem eſt alienandi facultas, conſtituere valet. *l. 9. D. d. Pign. et Hypoth.* ipſumque inter alienationum ſpecies recenſetur *l. ult. C. d. reb. alien. n. alienand.*

§. XVI.

Olim pignoris constitutionem vera saepius comitata fuit alienatio.

Vt vel, antiquo Romanorum pariter, atque Germanorum iure, vera saepius alienatio, cum pignoris constitutione, fuerit coniuncta. Quemadmodum illa Romanorum *Fiducia* luculenter probat, cuius naturam optime exponit CVIACIVS *ad Lib. II. Tit. XIII. Recept. Paul. Sententiar.* Quam videlicet ibi legimus solenni mancipatione, aut in iure cessione, a creditore adquisitam fuisse, nec adeo ab hoc, absque denunciatione, venditam a debitore vindicari potuisse, sed, prout vel plus, vel minus credito, pro re pignorata fuerat acceptum, vel creditorem a debitore, vel contra hunc ab illo personaliter fuisse conveniendos. Itemque, Germanos olim rei obligatae dominium saepius in creditores, interveniente resignatione et investitura iudiciali, transtulisse, testatur SCHILTER *d. Iur. Obsid. Cap. IV.* Quae cum sit natura pignoris, cum tanta vis, ut, licet expressa dominii translatio illud haud comitetur, eius tamen quasi communionem indicat, quid mirum, si nullam deprehendimus rei obligatae alienationem, contra pactum, de non alienanda ea, adiectum pacto hypothecae, susceptam. Et quis de aliis in re iuribus idem propterea temere confirmet, quorum longe diversam esse conditionem, nemo negat. Pactum illud, de quo vidimus, alienationis nullitatem in pignore ex eo operatur, quod iam, pro debiti quantitate, res creditori quodammodo fuerat vendita. De usufructu alia omnia, quo constituto, res subiecta, respectu tantum, ad fructuum perceptionem, habito, obligata censetur.

§. XVII.

Ex prioribus concluditur, a iure pignoris, ad usumfructum argumentationem haud procedere.

Ex quo colligitur, verum esse mariti in fundo dotali dominium.

Et haec sunt, quae mihi persuaserunt, partim, non esse admittendam eiusmodi generalem, qualem BERGERVS proponit, exceptionem, quippe; nullam esse alienationem susceptam contra promissum, iure reali munito, factam, eamque, si *cit. l. 7. §. fin. D. d. Distr. Pign.* innititur, admodum lubrico superstructam esse fundamento. Partim, etsi admitti quoddammodo possit, de usufructuario certe aliter esse sentiendum, quia ius reale, quod ad hunc pertinet, intuitu proprietatis, omnino nullum est. Denique, licet per omnia standum sit sententiae Bergerianae, longe tamen diversa est mariti conditio, a quo aliena sunt omnia, quae hactenus disputavimus. Quod primo intuitu apparet, si dominio, quae nostra est sententia, illius ius, in dotali fundo, definimus. Hoc enim posito, alienandi facultas, ex parte uxoris, etiam sine lege, exulat. Sin usufructu, quod alii volunt, ipsa, quam persecuti sumus, huius, cum pignore, collatio, demonstrat, lege prohibitiva, quo minus uxor alienet, iuris rationem maximopere offendi, cuiusmodi legis sententia, in dubio, nunquam praesumitur. Quodsi enim debitor hypothecarius rem obligatam, nullo, de alienatione intermittenda, pacto interposito, iure suo alienat, ad hoc, ut cum onere transeat, *l. 12. C. d. Distr. Pign.* cur dotale praedium uxor sic alienare, ut etiam tum fructus marito debeantur, prohibenda sit, minime intelligo, cum, variis ex causis, leuius habendum esse ius fructuum percipiendorum, antea viderimus. Quibus omnibus conficitur, *citt. l. 24. D. Rer. Amot. et l. 23. C. d. I. D.* non tantum

con-

confirmari ſententiam earum legum, quae noſtro dominium vindicant, ſed verum etiam, et efficax illud evinci.

§. XVIII.

Quod etiam uſucapiendi conditione probatur. Regulam: nemo plus iuris in alterum transferre poteſt, quam ipſe habet, non offendunt uſucapionis praecepta.

Nec alii deſunt, ſoli dominio proprii, communes noſtro dotalis praedii intuitu, iidemque admodum fructuoſi, effectus. Titulum pro dote, transferendo dominio, inſervire, ſupra mentionem fecimus. Vſucapionis, inter alia, quae agnoſcit, requiſita, etiam hoc eſſe, inter omnes conſtat, ut rem, quam accepimus, ex eiusmodi cauſa acceperimus, qua alioquin mediante, ab altero in alterum tranſire dominium ſolet. Sive quod idem eſt, ex qua cauſa res, a domino accepta, noſtra fit, ex eadem illa, ſi a non domino, bona fide, (quod ſupponendum eſt,) accipiatur, id efficitur, ut, cum dominium ſtatim, quia dantis nullum fuerat, adquiri non poſſit, in conditione conſtituamur, uſucapionis auxilio, illius dominium adquirendi. Quae omnia expedita ſunt. Neque, quod obiter monere liceat, regulam offendunt. qua nemo, plus iuris in alterum transferre, dicitur, poſſe, quam ipſe habuerit. Etenim primo hanc regulam, ubicunque occurrit in *Tit. Digeſtor d. R. I.*, occurrit autem plus, uno loco, intuitu iuris haereditarii a ICtis propoſitam eſſe, ex notione verborum pariter, pariterque aliorum iuris capitulorum collatione intelligimus. Et, ſi ad haeredem ſpectamus, hanc regulam ex aſſe ſequuntur uſucapionis praecepta. Quis enim ignorat, ab haerede malam quoque defuncti fidem praeſtandam eſſe, nec adeo, ſi haec obſtet, bonam ſuam fidem ei patrocinari. *§. 12. I. d. Vſucap.* Deinde vero, quoad negotia inter vivos, quibus, non inficior, etiam

appli-

applicari poſſe illum canonem, aeque minus ei uſucapionis praecepta adverſantur. Verum eſt, ſucceſſorem ſingularem, qui exiſtimat, ſe rem a domino accepiſſe, melioris eſſe conditionis, quam autor eius, qui non tantum non eſt dominus, verum etiam, dum nactus eſt poſſeſſionem, novit, ſe non eſſe dominum. Illum enim uſucapere bona fides permittit, quod, quo minus hic potuerit, mala fides fuerat impedimento. Id autem falſum eſt, quod dicitur, malae fidei poſſeſſorem uſucapiendi conditionem in accipientem transferre. Quum non transferens, ſed bona fides, coniuncta cum titulo, ad transferendum dominium idoneo, efficiat, ut ſucceſſor eam rem uſucapere valeat. Quodſi enim hic etiam aliunde noverit, ſe a non domino eam rem accepiſſe, aeque minus uſucapiet. Sed haec obiter. Redeamus, unde ſumus digreſſi.

§. XIX.

Dominio ſuo acceptum refert maritus, ut poſſit pro dote uſucapere.

Nec uxoris nomine uſucapit ſed ſuo, quod potiſſimum l. 1. D. pro Dot. probatur.

Haec mea eſt ſententia: ex eo, quod in *h. t. D. pro Dote* legimus, titulum pro dote inſervire dominio, per uſucapionem adquirendo, apparere, non inane nomen eſſe dominium, in fundo dotali, marito adſcriptum, ſed verum illud eſſe, et efficax. Vſucapionis natura haec eſt, ut rei, non vitioſae, bona fide, et ex iuſto titulo adquiſitae, deinque, per tempus lege definitum, poſſeſſae dominium nobis adiiciat. Ex quo ſtatim colligere licet, abſque civili poſſeſſione, id eſt, ea, qua quis credit, ſe nactum eſſe dominium, *l. 10. §. 1. D. d. acquir. vel amitt. poſſ.* plane nullam dari uſucapionem, quemadmodum diſerte PAVLVS in *l. 13. D. d. Vſurpat. et Vſucap. Pignori rem acceptam non uſucapimus, quia pro*

 alieno

alieno possidemus. Vnde maritus, quum usucapere res alienas in dotem datas possit, oportet, ut animo dominii possideat. At, inquis, etsi pro dote titulus usucapioni inserviat, necesse non est, ut marito prosit. Vxori potiusre aliena in dotem data, prodest, cuius nomine maritus possidet, adeoque cogitari utrumque potest, pariter, dotis titulum, quippe intuitu eius, qui rem pro uxore in dotem dedit, usucapioni inservire, pariterque, maritum non esse dotis dominum, sed ab hoc, solum ius utendi fruendi, uxoris autem nomine, proprietatem usucapione adquiri. Neutiquam. Maritus usucapione sibi ipsi adquirit, suoque, non alieno nomine, usucapit. Quod non tantum probant, quae supra dixi, quippe viri, non mulieris intuitu, dotem appellari, *cit. l. 13.* §. *2. D. d. Fund. Dot.* verum diserte praeterea *cit. l. 1. D. pro Dot.* confirmat. Ibi: *Est quaestio vulgata, an sponsus possit rem pro dote usucapere? Et Iulianus inquit, si sponsa sponso, ea mente, tradiderit res, ut non ante eius fieri vellet, quam nuptiae secutae sint, usus quoque capio cessabit, si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum esse, id agi, Iulianus ait, ut statim res eius fiant, et, si alienae sint. usucapi possint.* Hic dos, quam sponsus a sponsa accepit, si sponsae propria fuit, statim, ex quo accepit, dominio sponsi dicitur adquiri, sin minus, statim usucapio inchoari, nisi, ut tum demum, si secutae fuerint nuptiae, adquireretur, convenerit. Ad nos potissimum pertinet, quod dicitur, rem alienam, a sponsa in dotem sponso datam, ab hoc usucapi posse, vel statim, postquam fuerit data, vel, conditione nuptiarum secuta, si videlicet sponsus accipiens, sponsae dantis eam esse, crediderit *l. 3. D. Eod.* Hic diserte, suo nomine maritum, vel interdum etiam sponsum, usucapere. Quid enim, si mulieris nomine, quae dotem infert, usucapiatur, quid opus, quaerere, ex tempore factae a muliere illationis, an contractarum nupti-

nuptiarum, pro dote quis uſucapere poſſit, quum hoc poſito, absque dubio ſtatim ex tempore illationis aut antea coepta uſucapio continuatur, aut, ſi mulier propter malam fidem, vel ex alia cauſa, uſucapere non potuit, nec inchoari a ſponſo maritove uſucapio poteſt? Plane, hoc poſito, de nulla alia re, quam de mulieris bona, vel mala fide quaerendum fuiſſet, de qua VLPIANVS nihil, nihil SCAEVOLA nec de muliere dotem inferente, ſed de extraneo, in gratiam ſponſae, dotem conſtituente, deque ipſa ſponſa, et vxore VLPIANVS IVLIANVM ſecutus cum SCAEVOLA reſpondet, *citt. ll.* Viro mulier dotem dedit, aut ſuam rem, aut alienam. Rei mulieris propriae vir ſtatim dominus fit, alienam, ſi, tempore acceptionis, hoc ignoravit, uſucapit, quia dote non minus, atque emtione, rerum dominia transferuntur. Haec ICtorum eſt ſententia. Vnde conſequitur, cum ad uſucapionem rei alienae, ex hoc titulo traditae, modo per ſe, et ex vitio, ipſi inhaerente, uſucapioni non reſiſtat, mariti, vel etiam ſponſi bona fide, nihil amplius exigatur, conſequitur, inquam, noverit, an ignoraverit mulier, rem eſſe alienam, neque ad impediendam, neque ad promovendam haec uſucapionem quicquam conducere. Scilicet, quia non mulieri, a qua illam potius interdum accipit, ſed ſibi ipſi adquirere intendit.

§. XX.

Quaeritur, an vſucapiat maritus, ſi ſponſus b. f. accepit, ſed ante nuptias novit, rem eſſe alienam.

Id quaerere hoc loco liceat, ſi ſponſus, futuri matrimonii ſpe, rem alienam a ſponſa, ignorans eſſe alienam, in dotem accepit, antea vero, quam contraheretur matrimonium, non eſſe propriam ſponſae, certior factus eſt; poſſitne uſucapere an minus? Sane noſtro

ſtro iure quaerere abundat, quod, iuris Canonici, hac in re, dogmata amplexi, perpetuam bonam fidem poſtulamus. De iure Ciuili quaerimus. Dubium eſt propterea, quod mutatus eſt poſſeſſionis titulus. Sponſus enim rem in dotem acceptam, etſi ſperati coniugii intuitu acceperit, pro ſuo tamen ante ſecutas nuptias poſſidet, pro dote nequaquam, quia dos, absque matrimonio, nulla intelligitur. *cit. l. 1. D. pro Dot.* Ex quo, ſi antequam pro dote poſſeſſio procedit, norit, rem eius propriam non eſſe, quae dotem conſtituit, videtur initium poſſeſſionis eſſe vitioſum, adeoque uſucapio non procedere, idque inprimis, quod etſi, priusquam nuptiae contraherentur, pro ſuo poſſediſſet, locum tamen, huic etiam poſſeſſioni, dotis cauſa dederat. Eſt itaque, in ſponſo etiam, dos, etſi nulla dum exiſtit, non minus principalis cauſa, qua corruente, quia nuptiae ſequuntur nullae, poſſeſſio etiam, adhuc pro ſuo continuata, absque dubio deſinere debet, et ſponſus, ſi rem, hoc nihil impediente, amplius poſſidet, eam ſine cauſa poſſidere, *l. 7. §. 3. D. d. I. D.* Vnde, quantum equidem intelligo, fit probabile, licet, nuptiis conſecutis, per ſe, dos intelligatur, ſi tamen ante, quam conſequuntur, rem, dotalem futuram, ſponſae non fuiſſe, ſed alienam, noverit, quia inchoari nequit, reſiſtente mala fide, poſſeſſio pro dote, nihilque proficit anterior pro ſuo, non inſequente dotis cauſa, poſſeſſio, eiusmodi rem a marito vſucapi non poſſe, etſi poſſeſſionem eius ſponſus, bona fide, fuerit nactus. Idque potiſſimum, cum ſibi ipſi imputare maritus debeat, quod, antequam iniret nuptias, meliorem ſibi dotem conſtitui haud curaverit.

§. XXI.

§. XXI.

Quod affirmatur.

Ego vero his rationibus ſubſcribere, et rei, a ſponſo bona fide ab initio poſſeſſae, uſucapiendae facultatem marito denegare dubito. Momentum huius controverſiae huc unice redit, ut conſideremus, ad praeſentem potius poſſeſſionem, an ad eius initium, in uſucapione ſit reſpiciendum. Et puto, eatenus tantum ad praeſentem poſſeſſionem eſſe reſpiciendum, ut conſtet, per totum uſucapionis tempus, poſſeſſio civilis continuata, id eſt, animo dominii, poſſeſſa res fuerit, nec ne: Hunc enim, prout non omnis mutatio, in titulo poſſeſſionis, mutat, aeque minus civilem intercipere valebit poſſeſſionem. Quod ſi enim quis rem alienam, bona fide emtam, alii vendiderit, ſcienti alienam eſſe, ſibique in ſecuritatem pretii oppignoratam poſſidere continuaverit, ſane non uſucapiet, quia non, ut dominus, poſſidere porrexit, et mutatus poſſeſſionis titulus civilem poſſeſſionem intercepit. Sin vero mutatio, quae in poſſeſſione contingit, dominii non mutat animum, non exiſtimo, malam fidem, quae eiusmodi mutationem antegreſſa eſt, uſucapionem impedire. Fingamus, inter me et Titium convenit, de re aliqua, quam ego Titii propriam eſſe putaveram, mihi tradenda. Titius, eam rem ſe mihi donare velle, profitetur, quod ego declinans, certum pretium pro ea ſolvere polliceor. Poſſeſſio rei in me transfertur. Ante tempus ſolutionis a me praefixum, Titius abeſſe coepit. Equidem de ſeria eius donandi voluntate parum perſuaſus, procuratori ab eo domi conſtituto, pretium pro ea re promiſſum ſoluo, adeoque, pro emptore, bona fide, poſſidere coepi. Deinde certior fio, ad alium eam rem pertinere. Titius, poſtea redux, pecuniam, a me eius procuratori ſolutam, donandi voluntate iterum

 decla-

declarata, reddit. En mutatum possessionis titulum. Quod enim, pro emptore, possederam, iam pro donato possideo, neque tamen minus animo dominii. Possumne vsucapere an minus, cum tituli mutationem mala fides interuenerit? Puto, me posse, quia nec intercepta est mea possessio, nec mutatus unquam animus dominii. Sic enim credo accipiendum esse, quod ait PAPINIANVS in *l.* 44. §. 2. *D. d. Vsucap. et Vsurpat.* ***Etsi, possessionis, non contractus, initium, quod ad usucapionem pertinet, inspici, placet: nonnunquam tamen euenit, ut, non initium praesentis possessionis, sed causam antiquiorem traditionis, quae bonam fidem habuit, inspiciamus.*** Quod igitur, ad nostram attinet causam, distinguendum erit; aut sponsa sponso, ea mente, rem tradidit, ut statim eius fieri voluerit, quod regulariter, atque adeo praesumendum est, aut, ut, secutis, demum, nuptiis, propriam haberet. Si prius, vsucapiet, modo, tempore traditionis, eam rem sponsae propriam crediderit, licet, ante nuptias consecutas, causamque dotis existentem, alienam esse cognoverit, quia sufficit, ex iusto titulo, bona fide, inchoatam, nec dein interceptam esse possessionem civilem. Sin posterius, usucapio cessat, quae videlicet, ante nuptias, iusto titulo, iisque secutis, bona fide deficiente, inchoari haud patitur.

§. XXII.

Quaeritur, an reddenda sit res, quam mulier, mala fide possessam, in dotem dedit, quamque maritus, ignorans alienam esse, usucapit, et affirmatur.

Est igitur verissimum, maritum rem alienam, dotis nomine acceptam, ex quo tempore accepit, non tantum usucapere posse, sed et suo nomine, non uxoris, usucapere. Quid autem, si usucepit, quam mulier noverat

noverat alienam esse, non tantum, tempore traditionis, marito factae, sed, ex quo ipsa possidere coeperat. An restituenda erit mulieri, soluto matrimonio? Dicis, esse restituendam, et ad POMPONIVM provocas in *l. 11. D. sol. matrim. dos quemadm. pet.* qui diserte respondet: *si alienam rem, sciens, mulier in dotem dederit, reddenda ei est, quasi suam dedisset.* Sine dubio, quia exceptio, rem alienam fuisse, et egisse dolose mulierem, ad ius tertii spectat. Vbi vero maritus ipse dominium vsucapione quaesivit, adeoque in ius prioris domini successit, idque in se transtulit, dici non potest, de iure tertii hanc esse exceptionem, vt potius mariti ius in re dotali, quam mulieris, longe fortius esse videatur. Et, hoc nihil impediente, vt restituat, compellendum esse maritum, existimo. Idque propterea, quod non eo animo accepit, vt eius perpetuum sibi dominium adquirat, sed solum, quamdiu nuptiae fuerint, duraturum. Quemadmodum igitur, rei mulieris propriae, dominium revocabile tantum, non perpetuum, acquirit, itidem rei alienae temporarium per vsucapionem, et, donec maritus est, ipsi proficuum, nanciscitur dominium. Non enim fictio plus unquam operatur, quam veritas, et huius rei veritas ex eo potissimum elucescit, quod vidimus, nullam esse, sine civili possessione, vsucapionem. Ex quo consequitur, maritum, quia rem dotalem eo animo possedit, ut sua sit durante coniugio, per vsucapionem, extra coniugium, nullum dominium adquisivisse, eumque adeo ad restitutionem eius rei, soluto matrimonio, teneri, non, quia dominus non est, sed, quia matrimonii causa, hac lege, accepit, ut, finito eo, reddat.

§. XXIII.

Dominium fundi dotalis, usucapione a marito quaesitum, mulieri etiam prodest.

Qualem vero recipiet rem vxor, solutis nuptiis, alienam, prouti dederat, quod videtur, quia propter malam suam fidem ipsa usucapere non potuit, an propriam, quia maritus interea, usucapione sua pro dote, ius prioris domini interuertit? Et haec pro dote usucapio, quam ad finem perduxit maritus, in perpetuum excludit verum dominum, an, donec ius usucapientis in fundo durat? Sane mulieri, si recipit, quod antea dederat, nulla fraus fit, cumque adeo dederit rem alienam, nihil ei conquerendum esse videtur, si alienam quoque rem reuerti dicimus, ne dolus ipsi patrocinium praestet. Nec impedit, quod interea usucepit maritus, qui suo id fecit, non alieno nomine, nec uxoris nomine, si pro ea possedisset, debiliori gavisus, quam dominii, iure, obstante illius mala fide, usucapere potuisset. Sed haec omnia etsi ita sunt, dominium tamen eius rei uxori tribuere, eamque, contra intentionem prioris domini, defendere non dubitarem. Scilicet, aut haec est natura usucapionis, ut solum usucapientem contra priorem dominum securum praestet, aut, quia novimus, ad puniendam dominorum negligentiam, esse eam introductam, vt perpetuam prioris dominii inducat amissionem. Affirmas posterius, et habes totius controversiae decisionem. Sufficit, maritum usucepisse, et hoc facto prius dominium omnino desiisse, sufficit, ab usucapiente mulierem eam rem accepisse. Deinde, securam esse debere mulierem contra prioris domini petitionem, ex eo etiam apparet, quod maritum, ad restituendam eam rem, obligatum habet. Contra quem non tantum, perfecta usucapione, nihil ille fuerat effecturus, sed cui, vel amissa posses-

possessione, ex adquisito dominio, vindicatio non erat deneganda. Vt adeo notissimum illud huc pertineat; si vinco vincentem te, vinco te ipsum. Nec dominium fundi dotalis uxori propterea adscribimus, quod ante nuptias, mala fide, eum possederat, sed, quod, a marito usucaptum, recepit. Quid enim, si quis rem, mala fide possessam, alteri ignoranti vendit, reservato sibi reemendi iure, eamque ab emptore interea usucaptam, reddito ex conventione pretio, recipit, propriamne recipiet, an alienam? Saue propriam, accepit enim a domino. Idque non minus nostro, quam Romanorum, iure, modo praescribens in perpetua bona fide fuerit constitutus.

§. XXIV.

A marito, sciente, rem esse alienam, ea non usucapitur, etsi mulier usucapionem coeperit.

Denique, quod vidimus, suo nomine maritum res dotales usucapere, quid, si uxor fundum, bona fide possessum, sed nondum usucaptum, marito, scienti alienum esse, in dotem dedit? Coepta est usucapio a muliere propterea, quod possessionem bona fide fuerat nacta. Possessionum tempora posse continuari, et successori etiam antecessoris coeptam bona fide possessionem prodesse ad hoc nouimus, ut usucapionem eo citius perducere possit. Sed huc tum demum in successore singulari procedit, si ipse, bona fide, possessionem nactus est, *l. 2. §. 20. D. pro Emt. §. 13. I. d. Vsucap.* cum soli heredi antecessoris bona fides prosit, nec propria mala fides usucapionem interrumpat, idque, quia hic in commoda pariter, atque incommoda defuncti succedit, *cit. l. 2. §. 19. D. pro Emt. §. 12. I. d. Vsucap.* adeoque etiam, contra, rem, a defuncto mala fide possessam, usucapere nequit, etsi ignoret,

non

non fuiſſe teſtatoris. Maritus igitur, qui novit, non eſſe mulieris fundum dotalem, nec inchoare uſucapionem, nec a muliere inchoatam, continuare poteſt. Annon vero mulieris, cuius poſſeſſio vitioſa non eſt, uſucapio continuatur, quia fundi, dotalis facti, domina ipſa etiam dicitur, quod ſupra probatum fuit? Neutiquam. Quia nec ipſa poſſidet, quae ad maritum tranſire voluit poſſeſſionem, etſi non perpetuo transſire voluerit. Quod ſolum ſufficit, quid, enim, de dominio uxoris habendum ſit, infra videbimus. Hoc, inquam, loco, ſufficit, *nihil commune habere proprietatem cum poſſeſſione*, *l. 12. §. 1. D. d. acquir. vel amitt. poſſ.* et, *hanc eſſe inter dominium et poſſeſſionem differentiam*, *quod dominium nihilo minus eius maneat, qui dominus eſſe non vult*, *poſſeſſio autem recedat*, *vt quisque conſtituerit, nolle poſſidere*, *unde*, *ſi quis ea mente poſſeſſionem tradidit, vt poſtea ei reſtituatur*, *deſinit poſſidere. l. 17. §. 1. D. eod.* Nec maritus eius nomine, niſi uxori prius reddidiſſet fundum, ut dotalis eſſe deſineret, quia nemo, qui, et corpore, et animo, poſſeſſioni inhaeret, ſibi ipſi mutare titulum poſſeſſionis poteſt. *l. 19. eod.* Recepta igitur, demum, fundi poſſeſſione, mulier uſucapiet, neque vero hoc indiſtincte, ſed, ſi adhuc rem alienam eſſe, ignorat. Sin enim, licet antea bona fide poſſederit, amiſſa, ante uſucapionem, per dationem in dotem, poſſeſſione, ex marito, durante coniugio, cognoverit, rem eſſe alienam, licet, ſoluto eo, poſſeſſionem iterum nanciſcatur, uſu tamen haud capiet; quia initium ſecundae poſſeſſionis vitioſum eſt. *l. 15. §. 2. D. d. Vſurpat. et Vſucap.* Omnino nihil mulieri prodeſt prior poſſeſſio, etſi pauciſſimi dies ad perducendam uſucapionem defecerint, nec eius, et ſecundae poſſeſſionis tempora poſſunt coniungi, quia poſſeſſionem uſucapio continuam requirit. *l. 20. D. eod.* ſed recens inchoanda eſt, et haec eſt ratio,

tio, ex qua ſecunda poſſeſſio aeque, ac prior, vitioſum reſpuit initium. En igitur, quantum interſit, noſſe, dominus ſit maritus fundi dotalis, an fructuarius, nec eſſe hanc, prout multi loquuntur, inanem controuerſiam, et meram de verbis litem.

§. XXV.

Confuſio ſervitutis, quam dotale praedium efficit, itidem de dominio mariti teſtatur.

Nec plura deſunt in iure noſtro, eodem collineantia, ut non diſerte quidem, ſed ſua natura loquantur, mariti in praedio dotali dominium. Huc enim imprimis etiam pertinet. *l.* 7. *D. d. Fund. Dot.* ubi: *Si maritus fundum Titii ſervientem dotali praedia adquiſierit, ſervitus confunditur. (Sed ſi eundem Titio reddiderit, ſine reſtauratione ſervitutis, hoc marito imputabitur) et, hoc caſu, maritus litis aeſtimationem praeſtabit: quod ſi maritus ſolvendo non erit, utiles actiones mulieri ad reſtaurandam ſervitutem dantur.* Novimus, confuſionem ſervitutis contingere, facto eodem ſervientis dominantisque praedii domino, nullamque aliam cauſam, niſi dominium, eam agnoſcere. Nullam, dicis, hic ſubeſſe dominii, quod ad maritum pertineat, probationem. Scilicet mones, in caſu, quem lex proponit, confuſionem exiſtere debere, marito tribuendum ſit, an uxori, fundi dotalis dominium. Dicit IVLIANVS, maritum, dotali praedio, fundum ſervientem adquiſiviſſe. Forte uxoris pecunia adquiſivit, et eius nomine, dotali enim praedio fundus ſerviens adquiſitus eſſe dicitur, non marito. Non hanc fuiſſe IVLIANI mentem conſequentia demonſtrant, dum pergit, *ſi reddiderit*, ex quo apparet, dum reddere potuit, emiſſe ſuo nomine maritum.

§. XXVI.

§. XXVI.

Obiicitur, ipſa natura confuſionem exiſtere debere, etſi uſufructu definiatur mariti ius.

Deinde dicis; quid, ſi maritum dicimus fundi dotalis fructuarium, et fundus ſerviens eius dominio adquiſitus eſt, annon itidem per naturam debet exiſtere confuſio, etſi nullam eius cauſam loquantur leges, niſi dominium. Etenim, in quo conſiſtit ſervitus ex parte dominantis, ſi non in facultate commoditatem aliquam vel utilitatem, ex alterius praedio, habendi? Quae omnia, ſi ſeparatus eſt a proprietate uſusfructus, ad fructuarium pertinere ſcimus. Commoda igitur ex ſervitute, quae fundo fructuario debetur, percipienda absque dubio cedunt fructuario. Ex quo, ſi ponimus, praeter uſumfructum dotalis praedii, nihil eſſe in bonis mariti, conſequitur, ut fundus dotali praedio ſerviens, proprius mariti factus, aut ſervitutis inducat confuſionem, aut domino ſuo ſerviat. Etenim, quid quaeſo, ſi ad commoditatem ex ſervitute conſtituta oriundam ſpectamus, quid, inquam, adquiſito ſervientis praedii dominio, marito accreſcit, quod non antea habuerit. Ponamus, fundum Titii alteri vicino ſervitutem paſcendi ſervire. Hac paſturá Caius, qui hunc fundum, dotis nomine, accepit, cui propterea fructus cedunt omnes, utitur. Iam in eundem Caium fundi Titiani transfertur dominium, ſimulque adeo ius paſcendi, quatenus conſtituta ſervitute non reſtringitur. Hoc loco reſtrictum eſt, ſed, in cuius praedii favorem reſtrictum eſt, idem Caius poſſidet. Quid inde? Aut Caio res propria ſervire debet, aut ſervitus confundi. Neutrum exiſtimo. Nec video, quid impediat, quo minus in praeſenti quaeſtione, quieſcere ſervitutem dicamus. Quippe confuſione ſervitutes, iure Civili, amittuntur. *l. 1. D. quemadmodum ſervit. amitt.* quod naturae praecepta permittunt

tunt quidem, ſed minime praecipiunt. Quidni cogitari poſſit, eodem, utriusque praedii dominantis pariter atque ſervientis, domino facto, conſtitutam antea ſervitutem vel continuari, cum per alias perſonas, colonos e. c. aliosve, egregie exerceri poſſit, vel certe quieſcere, quod imprimis, ubi confuſionem revocabile dominium efficit, aequius fore putarem.

§. XXVII.

Quod probatur non procedere, quia civili, haud naturali, legi confuſio innititur.

Quae cum ita ſint, conſequitur, extra terminos, qvibus confuſio in iure Civili continetur, non eſſe eam protrahendam. Indeque nullam, quando fructuario, ius ex ſervitute oriundum exercenti, quaeſitum eſt ſervientis praedii dominium, eſſe admittendam. Maxime, cum leges ipſae contrariam ſententiam omnino reſpuant. Audi SCAEVOLAM et PAVLVM in *l. 20. ſeq. D. quemadm. ſervitt. amitt. Vſu retinetur ſervitus, cum ipſe, cui debetur, utitur, quive in poſſeſſione eius eſt, aut mercenarius, aut hoſpes, aut medicus, quive ad viſitandum dominum venit vel colonus; aut fructuarius, fructuarius licet ſuo nomine.* PAVLI ſententia, quam *l. 21.* ſiſtit, quamque, ex praecedente SCAEVOLAE reſponſo, interpretari oportet, absque dubio haec eſt: licet fructuarius ſit fundi ſervientis dominus, indeque ius, ex conſtituta ſervitute enatum, ſuo nomine, id eſt: iure dominii, exerceat, tamen ſervitus proprietario conſervatur. Excepto enim hoc caſu, non video, quod profiteor, quomodo fructuarius ſervitute ſuo nomine uti poſſit, cum, fructuum conceſſione dominium non tranſeat, et absque dominii animo nulla detur, nec vera, nec victa civilis poſſeſſio. Ex quo apparet, ex uſufructu nunquam oriri confuſionem poſſe, quae, ex mente iuris civilis, nunquam ſervitutem

tantum suspendit, verum, ipsa essentia sua, tollit. Vnde inter modos, quibus amittuntur servitutes, primo loco recensetur, quod ex *l. 1. D. quemadm. servitt. amitt.* constat.

§. XXVIII.

Explicatur natura confusionis, quam revocabile dominium peperit.

Sic vero de effectu confusionis tenendum esse puto, idque non tantum verba legum, sed et ratio iuris Civilis mihi persuaserunt, eandem semper perpetuam servitutis amissionem inducere, ut tantum, si ex revocabili dominii translatione contingit, servientis praedii dominus ad restituendam eam compelli possit, sin ex irrevocabili, pro arbitrio domini, aut praedio conservetur libertas, aut iterum servitus imponatur. Hoc omnes concedunt, et expeditum est per *l. 30. pr. D. d. S. P. V.* ubi: *si quis aedes, quae suis aedibus servirent, cum emisse, traditas sibi accepit; confusa sublataque servitus est: et, si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est; alioquin liberae veniunt.* Illud vero multis minus arridet, qui sibi potius persuadent, translato, in dominum servientis praedii, revocabili dominantis dominio, quiescere tantum non amitti servitutem. Nec temere, quum, cessante causa, ut etiam effectus cesset, oportere, et praeterea, pacto standum esse, videatur, quo, dum dominii transitus non fit in perpetuum, facile simul id actum intelligitur esse, ut praeter lapso, in quod collatus fuit, tempore, certum fuerit, an incertum, quando sit extiturum res, prout abierat, sic etiam revertatur. Quo posito, nulla, eiusmodi dominium, et aliud ius reale, cum perceptione fructuum coniunctum, differentia intercederet, et, quemadmodum per fructuarium, qui suo nomine servitute utitur, de quo paulo ante vidimus, ea proprie-

tarie conservatur, aeque revocabilis dominus eam priori domino conservaret. Quod, quo minus concedi possit, leges resistunt, et inprimis cit. supra, *l.* 7. *D. d. Fund. Dot.* quae probat, maritum, si confusam antea servitutem non restauraverit, uxori ad litis aestimationem teneri, et, in subsidium demum, si solvere is non possit, huic utiles actiones dari, contra dominum praedii antea servientis. Haec lex aperte probat, non quiescere servitutem, sed confundi, atque adeo amitti ex revocabili dominio, ut tantum, iterum imponi eam, pati teneatur dominus. Qua sane restauratione opus non esset, si quiescere dici posset servitus, ut potius ipso iure reviviscere. Quod si quis defendere suscipiat, nullum est, in specie *l.* 7. fundamentum actionis ab uxore, contra maritum, instituendae, cui nihil video esse imputandum, quod non restauraverit, ut potius restauratione sua actum egisset, atque adeo rem plane inutilem suscepisset. Neque, cur utiles dicendae sint, apparet, actiones, mulieri contra dominum praedii antea servientis, competentes, quae sane, si quievit, et revixit servitus, confessoriam recte instituit.

§. XXIX.

Eaque vera probatur esse confusio.

Est igitur verissimum, eidem, utriusque praedii, dominio, etsi alterius revocabili, adquisito, semper confusionem intelligendam, indeque, amissam esse servitutem. Quod eo usque ius Romanum extendit, ut vel, si Titius, dominus praedii servientis, haeres sit Iavoleni, dominantis praedii domini, statim, ex translato universali dominio, confusio adesse, et servitus deleta intelligatur, etsi idem fundus Caio legatus fuerit. Quod profecto plus quam subtile dixeris, propterea, quod, in legatarium itidem ipso iure legati dominium transire, constat

ſtat. Ex quo colligo, duplicem intelligi, iure Romano, in legatis tranſitum dominii, ſcilicet, ut prius illud a teſtatore in haeredem cum tota univerſitate, deinde demum ab hoc in legatarium transmitti, cenſeatur. Quidquid horum ſit, id verum eſt, confundi in perſona haeredis ſervitutem, fundo legato inhaerentem, ut tantum, ſi eam reſtituere detrectet, actione ex teſtamento compelli poſſit *l. 116. D. d. Legat. I. l. 18. D. d. Servitt.*

§. XXX.

Redditur ratio confuſionis ex revocabili dominio oriundae.

Quod nec mirum videri debet, cum obligationes etiam, iure Romano, quae ſua natura ius perpetuum alteri tribuunt, etſi in tempus fuerint contractae, eo tamen exiſtente, non ſtatim deſinant, ſed ipſo iure continuentur, et oppoſita doli mali exceptione, demum dis-ſolvendae ſint, v. HVBER, *Praelectt. ad Inſtitt. L. III. Tit. XVI. §.* 2. Secundum quod *§. 3. I. d. V. O.* dicitur, obligationem, quoad vixerit ſtipulans, contractam pure factam intelligi, et perpetuari, quia ad tempus deberi non poſſit, haeredem tamen petendo, pacti exceptione, ſummoveri. Ex quo colligo, quantum ad noſtram cauſam attinet, dominii ius, quoniam ſua natura eſt perpetuum, modo de translatione eius conſtet, etſi cauſa, ex qua translatum fuerit, non ſit perpetua, tamen, ceſſante ea, ipſo iure haud reverti. Quod etiam, ſi ad ius antiquum reſpicimus, de fundo dotali verum eſt, cuius dominium, marito mortuo, ad uxorem haud revertebatur, ſeu una cum univerſitate ad mariti heredem tranſibat, quod ex *l. 1. §. 1. D. d. Fund. Dot.* ut probet mariti verum, in dotali praedio, dominium, notat VINNIVS ad *Inſtitt. Lib. II. Tit. VIII. pr. verb. quamvis ipſius ſit.* Deinde vero, ut ſpeciatim ad confu-

ſio-

ſionem ſervitutis in marito, fundi dotalis domino, exiſtentem revertar, ex eodem, quod praemiſi, principio colligo, dominii ius, quoniam ſua natura eſt perpetuum, effectus etiam non, niſi natura ſua perpetuos, producere. Ex quo conſequitur, ſi maritus, ſervientis praedii dominus, dominans in dotem acceperit, defendi non poſſe, ſervitutem quieſcere, ſed vere confuſam, et, niſi redintegretur, amiſſam eſſe.

§. XXXI.

Huius diſquiſitionis utilitatem probat l. 7. D. d. Fund. Dot.

At, bone Deus, exclamas, quaenam eſt quaeſo haec controverſia, et ad quam utilitatem reducta. Quid refert, noſſe, utrum quieſcat ex revocabili, ac dein, ipſo iure, reviviſcat ſervitus, dominio, an vere confuſa ſit, et illius reſtitutionem praedium, antea ſerviens, pati teneatur. Non opus erit, in evincenda huius diſputationis utilitate, curioſius laborare, et ſpecies, in hanc rem excogitatas, producere, exemit enim hanc nobis operam *cit. l. 7. D. d. Fund Dot.* Hoc certum eſt, hanc eſſe, quam fuſius expoſui, iuris Civilis rationem, eandemque valide de vero mariti teſtari dominio. Et ſane ſufficere poſſunt, quae in huius rei probationem argumenta hactenus adduxi, videntur enim mihi quidem vehementer idonea, et ad rem praeſentem accommodata. Quam ob rem, de ſervo dotali, iuſſu mariti, haereditatem adeunte, recteque manumittendo *l. 58. Solut. matrim l. 3. C. d. I. D.* quem itidem in hanc probationem producit VINNIVS *in Commentar. ad Inſtitt. tit. quib. alien. licet vel non* quaedam dicere, facile ſuperſedeo. Idque propterea lubentius, quod prohibitio, quominus alienet maritus, ad ſolas res immobiles, non ad mobiles etiam in

 aeſti-

aestimatas, pertinet, harumque adeo dominium marito abnegare eo minus libet speciei.

§. XXXII.

Titulus Digestor. de Impensis in res dotales factis etiam evincit mariti dominium.

Paucissima tamen, de impensis in rem dotalem factis, deque arbitrio de re dotali disponendi addere liceat, quae, quum omnino huc pertineant, et insignem loquantur inter fructuarium, et nostrum, differentiam, penitus praeterire dubito. Quae res omnino videtur huc reduci posse, maritum, quicquid in fundo dotali suscipiat, recte et iure suo suscipere, dummodo aliquando, si abierit fundus, uxori damnosa non sint futura, sibique uxorem ad restitutionem obligare, quatenus, suscepta mutatione, conditionem eius meliorem fecerit. Fructuarium contra, ad conservandam fundi servientis, qualem acceperit, substantiam teneri, siquidem ex fructibus perceptis praestari id possit, formam vero eius, ne in melius quidem iure suo mutare. In cuius rei probationem omnes fere, titulorum in Digestis: de usufructu, et, quemadmodum quis utatur fruatur, deque impensis in res dotales factis, redeunt leges. Ex quo consequitur, necessarias impensas, quas dico lubentius inservientes conservandae substantiae, quam cum VLPIANO in *l. 1. D. d. Impens. in res dotal. fact.* per circulum, *in se necessitatem impendendi habentes*, ex necessitate iuris, modo enormes non sint, id est, ex fructibus praestari queant, ad fructuarium pertinere, cuius rei rationem hanc esse suspicor, quia impensis, si modum fructuum egrediuntur, proprietarii, sin minus, fructuarii utilitas magis promovetur, marito vero, in fundum dotalem, et eius quidem conservationem, non fructuum, quos, deductis demum impensis, intelligi novimus,

mus, perceptionem erogatas, uxorem restituere teneri. Adeo quidem, ut ipso iure dotem deminuere istae impensae intelligantur, ad hoc, ut fundus, pro quantitate earum, dotalis esse desinat, non ut, pro qua parte desinit, a marito recte alienetur, sed ut penes maritum sit, donec ipsi fuerit satisfactum. Deinde ex eodem principio conficitur, fructuarium re ipsi serviente, qualem acceperit, uti frui debere, ad alios vero usus fructuosiores, licet aliquando proprietario etiam magis proficui sint eventuri, eundem iniuria aptare, *l. 13. §. fin. l. 14. D. d. Usufr.* Hunc adeo, si quid utiliter in fundum impenderit, non dicam, nihil recipere, sed, quo minus impendat, etiam prohiberi, *l. 44. D. eod.* De nostro alia omnia esse habenda, qui videlicet ex arbitrio pariter omnes omnino mutationes, ut tantum noxiae mulieri non sint futurae, recte suscipit, *l. 18. D. d. Fund. Dot.* pariterque, si melior ex iis res dotalis existit, ad impensarum restitutionem uxorem sibi obstringit, ut tantum, si inscia ea factae fuerint, et nulla, praeter fundum, bona adsint, huius alienatio propterea urgeri nequeat, *l. 8. D. d. Impens. in res dotal. fact.* Conficitur denique, eorum, quae ad voluptatem et ornatum fecerit maritus, cum iure suo fecerit, aut sublationem pati, mulierem, aut exactionem, teneri, *l. 9. D. eod.* contra, fructuarium, si quid eiusmodi susceperit, quia non tantum nullo iure cogente, sed fere contra ius suscepit; etiamsi utilitas proprietarii promoveatur, animo donandi id fecisse merito praesumi. In genere vero, quae hoc loco, puto intuitu dispositionis, et impensarum, de marito vidimus, praeter dominum bonaeque fidei possessorem cadere in neminem. Bonae fidei possessorem nostrum, uxoris respectu, de qua praedium accepit, nemo agnoscet, etsi, alia ratione, uti supra vidimus, talis esse possit. Evincitur adeo hoc pariter atque aliis, quae praemissa sunt, argumentis, ut verum eum agnoscamus dominum.

§. XXXIII.

Exponuntur argumenta, quibus Donellus mariti dominium impugnat.

Et quae tandem sunt, quae aliam aliis persuaserunt sententiam, argumenta. Exponam breviter et, quae ad removenda ea videntur idonea, subiiciam. HVGO DONELLVS, eorum, qui usufructu ius nostri definiunt, antesignanus, *Commentarior. Iur. Civ. Lib. XIV. Cap. IV* his utitur, pro fulcienda sua sententia, rationibus, ut dicat. Dominii ius ad haec potissimum quatuor capita reduci. Primo, ad iuris perpetuitatem, alienandi deinde facultatem, habendi porro id, quod ex re ortum fuerit, sive accessiones, denique, eam rem sibi non aliis habendi. Persequamur singula, et, an omnino in nostro exulent, deinde, an, si pro parte desiderantur, dominii necessario defectum inducant, nobisque adeo silentium imponere valeant, diiudicandum relinquamus aliis. Iuris igitur perpetuitatem in dominio DONELLVS exigit. Quod admittam, si perpetuum accipimus, quod Romanis significare solet, ubi videlicet opponitur ei, quod certo, et eo quidem breviori tempore absolvitur. Quemadmodum novimus, actiones alias in iure nostro perpetuas, alias temporales appellari, quatenus vel longissimo triginta annorum, vel brevi unius pluriumve, non attingenti decennium, spatio praescribuntur. Deinde ea quoque perpetua dici novimus, de quibus, quando sint extitura, incertum est. Hinc dotis quoque causa dicitur perpetua in *l. 1. D. d. I D* scilicet, quia dos matrimonio accedit quod cum omnis vitae sit consortium, absque dubio secundum ea, quae proposui dicendum est perpetuum. Et eiusmodi perpetuitatem ius Romanum ad dominii translationem postulat, quod et CUIACIVS, uti supra monui, agnoscit in *Paratitl. ad Tit. Cod. d. Iur. Dot.* nec respuit praedium nostrum quod probavi.

§. XXXIV.

Donellus ad essentiam dominii veram iuris perpetuitatem falso exigit.

Aliter DONELLVS, et, ut vera adsit perpetuitas, opus esse contendit, provocans ad *l. 11. D. d. R. I.* ubi POMPONIVS *quod nostrum est*, inquit, *sine facto nostro ad alium transferri non potest.* Probatio tanto viro vix digna. Nemo negat, hanc esse naturam dominii, ut ita constans et firmum ius tribuat, quod nemini invito possit auferri. Hoc vero ad essentiam dominii non pertinere, sed pacto potius, vel etiam diserta legis constitutione interdum contrarium, salvo dominio, effici posse, aeque minus negandum est. Neque est, quod propter ea, a nobis POMPONIVM offendi, dicas. Regulam hic proponit, quae, si naturam negotii nobis demonstrat, absque dubio omnibus numeris absoluta est. Dicuntur enim ea regulariter inesse rebus, quae naturam earum constituunt, quod et vulgatum illud confirmat, secundum quod dicitur, nullam regulam esse sine exceptione. Quod si, essentiam rerum ut regula Iuris demonstret, flagitas, tua erit pugna cum POMPONIO, quem, hoc posito, nulla ratione ab erroris nota vindicabis. Etenim, *cum non ex regula ius fiat, sed ex iure, quod est, regula, l. 1. D. d. R. I. et in toto iure generi per speciem derogetur, illudque potissimum, quod ad speciem directum est, habeatur, l. 80. eod.* sequeretur, totam illam regulam POMPONII per *l. 66. D. d. R. V.* infringi, ubi sic PAVLVS: *Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur.* Vt taceam, sola fideicommissorum notione regulam illam iri eversum. Quibus omnibus conficitur, id solum egisse POMPONIVM, ut naturam tantum dominii nobis exponat, quo ipso etiam officio suo ex asse satisfecit, quod ex ipsa cit. *l. 80. D. d. R. I.* intelligitur. Quin defendi potest, omnino non ad-

adversari dominio fundi dotalis, quod marito dedimus, *cit. l. 11* Hic enim, dum accipit fundum dotis nomine, iura dotium novit, simulque adeo, esse eam rem restitutioni obnoxiam, et, cum, hoc nihil impediente, acceperit, ipso acceptionis facto, tacite restitutionem eius promisisse existimandus est. Ex quo, si, finito matrimonio, ad mulierem revertitur, revertitur quodammodo ex facto mariti, id est, ex supposita reddendi illius promissione. Digestorum vero iure, ante IVSTINIANI constitutionem, hac etiam fictione facile supersedemus, et, exceptionem ab illa regula POMPONII fundum nostrum exhibere, plane negamus. De qua re pluribus, erit infra, dicendi, locus.

§. XXXV.

Deinde alienandi facultatem falso exigit.

Deinde, alienandi facultatem, DONELLVS, ad essentiam dominii pertinere, statuit. Nova principii petitio, et aeque infirmo innixa fundamento, ac statim de iuris perpetuitate ostendimus. Quippe in medium profert *l. 21 C. Mand.* quae nihil minus probat. Ibi IMP. CONSTANTINVS: *nam suae quidem quisque rei moderator, et arbiter, non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit.* Etenim quis quaeso illa pleraque definiet, quae pro lubitu dominium suscipere in re sua, Imperator dicit, quis probabit, his alienandi veniam inesse debere, ut verum adsit dominium. Nemo profecto. Vt potius existimem, hanc fuisse sententiam Imperatoris, per se quidem liberum esse dominorum, intuitu rerum suarum, arbitrium, sed hoc impedimento non esse, quominus, si lex vel conventio obstet, quaedam intermittere teneantur. Nec alia esse potuit, ut iuris rationi respondeat. Hoc certe verum est, ex indefinita eiusmodi sententia nihil certi posse definiri. Sed ponamus, veram esse DONELLI sententiam. Ponamus Aristotele, eos tantum esse dominos,

penes

penes quos ſit alienandi poteſtas. Concedamus etiam hoc DONELLO, a ſolis iis recte abeſſe alienandi veniam, qui libera deſtituantur rerum ſuarum adminiſtratione, et videamus, quid inde conſequatur. Conſequitur, debitorem, qui creditori rem oppignoratam, in ſecuritatem debiti, tradidit, non eſſe illius dominium, ſed potius creditorem, conſequitur, pactum de non alienando hypothecae pacto adiectum, de quo ſupra pluribus dictum eſt, efficere, ut res obligata domino deſtituatur. Conſequitur, fideicommiſſa familiae neminem agnoſcere dominium, conſequitur, feudum proprium eſſe quodammodo rem nullius, quia per ſe nemini illius alienandi libertas eſt. Conſequitur denique, idem de noſtro dotali fundo, et imprimis quidem habendum eſſe, quem videlicet nec vir, nec mulier, nec alius quisquam recte alienat. Et quid opus eſt refutandae ſententiae longius immorari, quae per ſe ſtatim concidit et falſa cernitur, quamque praeterea ſimul falſam eſſe probavi, quo ipſo, perpetuitatem, in ſenſu proprio, ad eſſentiam dominii non pertinere, contra DONELLVM euici. Verbo, qui dominum dicit, penes quem eſt alienandi facultas, non minus inepte agit, quam, qui hominem dicit animal ſermone praeditum ſimulque adeo mutum ad bruta ablegat, pſittacum vero, picam, aliasque volucres, quibus ſermonem diligentia hominis cum homine communem fecit, ad humana conſortia admittit.

§. XXXVI.

Acceſſiones, quae ſemper dominum ſequuntur, nec alienae ſunt a noſtro fundi dotalis domino.

Porro DONELLVS, noſtro dominium propterea ſe concedere non poſſe, profitetur, quod ad dominum pertineant omnes rei acceſſiones, in fructu ſint, an minus. Et hoc quidem ipſi concedo, ſimul vero, aliud de fundo

dotali, si ad maritum respicimus, habendum esse, vehementer nego. Vtitur pro re sua *l. vn.* §. *9. C. d. R. V. A.* et *l.* 7. §. *12. D. Solut. matrim.* quarum illa regulam constituit: rerum dotalium non aestimatarum accessiones, quae fructibus non annumerentur, ad mulierem quia pertineant, in rei uxoriae, et ex hac enatam, ex stipulatu actionem venire, idque ancillarum dotalium partu illustrat, idemque de thesauri a marito in fundo dotali inventi parte dimidia, in *cit. l.* 7. §. *12.* affirmat VLPIANVS. Quid inde? An, eiusmodi accessiones statim, ex quo evenerunt, a re principali separandas, et relinquendas esse mulieri, quod probandum erat DONELLO, ut aliquid contra nos efficeret? Nihil minus. De rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa, agit in *cit. l. vn.* IVSTINIANVS, qua, soluto matrimonio, dotem fuisse repetendam, docet eadem *l. vn. pr.* Haec itaque, fructus et accessiones rerum dotalium intercedere, apparet differentia: Illos maritus dominio suo, mediante perceptione, irrevocabiliter acquirit, harum quidem itidem, quo tempore obveniunt, dominus intelligitur, idque, quamdiu consistit matrimonium, quo soluto, eas uxori restituit. Et quid hoc mirum? Vt potius, etsi nulla prostet legis diserta constitutio, per se hoc intelligatur, cum accessorium, ipsa etiam naturae lege, sui principalis naturam sequatur. Principalis vero rei, in dotem datae, ultra nuptias duraturum non defendimus mariti dominium. Concedis, fructus accessionum durante coniugio maritum sequi, eosdemque fructuarium sequi, ex eadem ratione, quod accessiones naturam sui principalis imitentur, defendis. Quod, etsi omnino verum esset, nihil contra nos efficeret. Quippe, si accessionibus frui, ad exemplum rei principalis, licet fructuario, quemadmodum de revocabili domino probavimus, conficitur, male hoc argumento usum fuisse DONELLVM, ad infringendam nostram sententiam, cum, neque ad

fir-

firmandam, neque ad infirmandam eam quicquam conducat. Hoc, enim, posito, quod de re principali probatum est, simul quoque ad accessiones pertinebit. Atque adeo, quia vidimus, esse temporarium mariti dominium, quod reuertatur ad mulierem soluto matrimonio, consequitur, simul etiam accessiones esse restituendas, liberius tamen in his etiam esse mariti, quam fructuarii arbitrium, et in genere, quaecunque probata sunt inesse huic reuocabili dominio, ab vsufructu aliena, nec in accessionibus exulare.

§. XXXVII.

Regula: accessorium sequitur suum principale, ad dominium, non ad alias affectiones morales pertinet.

Et hoc quidem omnino verum esse agnoscimus, quale genus dominii in re principali ad nos pertineat, in eius accessionibus a nobis alienum esse non posse, quodque in illa operetur nostrum dominium, idem etiam, vt in his operetur, oportere. Simul vero hoc etiam defendimus, regulam illam, secundum quam dicitur, accessorium sequi suum principale, potissimum ad dominium pertinere. Vt videlicet eidem accessiones cedant, cuius sit res principalis. Quodsi vero quis inde colligere velit, quaecunque praeterea deprehendantur in re principali affectiones morales, simul accessionibus inhaerere, eum errare existimo. Certe vsusfructus constitutus ad omnes praedii seruientis accessiones minus recte protrahitur, vt potius inter latentia et aperta incrementa distinguere, hisque solis proprietario adscriptis, illorum tantum fructum tribuere vsufructuario oporteat. Cuius rei fidem facit VLPIANVS in *l. 9. §. 4 D d. Vsufr.* his verbis: *Placuit, alluuionis quoque vsumfructum ad fructuarium pertinere, sed,*

ſed, ſi inſula iuxta fundum in flumine nata ſit, eius vſumfructum ad fructuarium non pertinere, Pegaſus ſcribit, licet proprietati accedat, eſſe enim veluti proprium fundum, cuius vſusfructus ad te non pertineat. Quae ſententia non eſt ſine ratione. Nam, vbi latitet incrementum, et vſusfructus augetur: vbi autem apparet ſeparatum, fructuario non accedit. Rationem ſubeſſe hanc auguror, quia de eiusmodi augmentis, poſtea exiſtentibus, concedens cogitaſſe propterea cenſendus non eſt, quod ſecundum Papinianvm in *l. 76. D. d. R. I. in totum omnia, quae animi deſtinatione agenda ſunt, non, niſi vera et certa ſcientia, perfici poſſunt.* Quae ratio, etſi nec in latenti exulat incremento, auctoritate tamen deſtitui ex eo debet, quia, quid quantumque fuerit adiectum, probari nequit. Et haec mihi perſuadent, citatam legem ad ſolum fundum nullis circumſcriptum limitibus, ſiue arcifinium, pertinere, atque adeo, ſi certi ſint fines, ne quidem alluuionis incrementa fructuario cedere.

§. XXXVIII.

Fit ex praemiſſis concluſio, acceſſionum naturam probare mariti dominium.

Quae hactenus diſputauimus, demonſtrant, argumento ab acceſſionibus petito contra ſe ipſum pugnare Donellvm. Abſit enim, vt noſtrae illud cauſae adverſetur, vt nouum potius ei robur addat, vt confirmet potius mariti dominium. Pone vſumfructum. Statim partum ab ancilla dotali editum, ſtatim dimidiam theſauri, quem inuenit, partem ſecundum praemiſſa reſtituere tenetur maritus. Pone dominium, quod ſolutis demum nuptiis euaneſcat, et eſt omnium quoque acceſſionum durante coniugio dominus, eaque, hoc

tandem

tandem soluto, vxori restituit, thesaurum tamen non integrum, sed pro parte, cum alterius partis non, vt maritus, reuocabile, sed, vt inuentor, perpetuum adquisiuerit dominium. Et haec est IVSTINIANI, *in l. vn. §. 9. C. d. R. V. A.* quod modo demonstraui et VLPIANI in *cit. l. 7. §. 12. D. Solut. matrim.* sententia, quod verba pariter: *pars eius dimidia restituetur*, pariterque rubrum, *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*, euincunt.

§. XXXIX.

Refutatur Donelli argumentum, quo dicit: maritum propterea non esse dotalis praedii dominum, quod non sibi illud habeat.

Postremo DONELLVS, *quisquis rei*, inquit, *verus dominus est, id, quod habet, sibi habet, non alii, suo commodo rem seruat, suo incommodo negligit, ita, vt, si quid ex eo damni fit, nulli eius rei rationem reddere debeat, nec cuiquam, eo nomine, teneatur.* Alia omnia de marito habenda esse, qui, secundum *l 17. D. d I D. et l. 24. §. 5. D. Solut. matrim.* non tantum respectu praedii dotalis, sed aliarum etiam specierum inaestimatarum, dolum et culpam praestare teneatur, et solo casuali interitu liberetur. Quae cum DONELLVM offendant, hoc esse videtur eius ratiocinium: Maritum, quia constat, dolum et culpam in re dotali non aestimata praestare, consequi, aut non esse dominum, aut, si sit, sibi ipsi eam praestare, quum quilibet rem suam suo commodo et incommodo habeat. Quis facile admiserit hanc formulam, quam, tot capita iuris nostri probant, ne in pleno quidem domino omnino procedere. Sic potius tenendum est, culpae a pleno domino in re sua commissae, in qua nullum alteri ius quaesitum est, absurde

prae-

praeſtationem exigi. Hoc vero contra noſtrum nihil efficit dotis dominum. Non hunc perpetuum aſſerimus dominum, ſed ad reſtitutionem fundi dotalis obligatum, adeoque ſtatim concidit ratio abſurditatis, quae huc vnice redit: quia nullius intereſt culpam praeſtari, niſi ipſius domini, qui commiſit. Marito propterea nemo incumbere defendit culpae praeſtationem, quia dominus eſt, ſed quia vxoris intereſt, rem eſſe ſaluam. Solum hoc ſufficeret, ſi plane nullum eſſet vxoris dominium. Quod ſi concedere nobis DONELLVS detrectat, affirmare etiam debet, ſola venditione perfecta, nulla dum traditione ſecuta, emptorem conſtitui rei emptae dominum; ſcimus enim venditorem, vt culpam in re vendita nondum tradita, emtori praeſtet, obligatum, quodſi vero caſu res interierit, periculum eius ad emtorem pertinere, *l. 5. §. fin. D. d. reſcindend. vendit.* Affirmare debet, heredem eſſe dominum rerum a defuncto aliis legatarum, quia dolum et culpam in iis committere, et ex commiſſa legatariis obligatus intelligitur. Transferri dominium pignoris conſtitutione, affirmare debet. Sic enim in §. 4. *Inſt. d. Obl. quae ex del. naſc.* legimus: *adeo quidem, vt, quamuis ipſe debitor eam rem*, pignus, puta, in ſecuritatem debiti creditori datum, *ſurripuerit*, *nihilominus creditori competat actio furti*, quod longe magis paradoxum videri debet, quam, commiſſam in re propria culpam praeſtari. De emphyteuta nihil dicam, nihil de vaſallo. Quae enim in hanc rem attuli abunde probare puto, a ratione iuris alienum nequaquam eſſe, eius rei dominium alicui, atque ciuilem poſſeſſionem tribuere, cuius nomine, ſi dolum vel culpam admiſerit, alteri obligatur.

§. XL.

§. XL.

Doli et culpae praeſtatio ſemper domino incumbit, ſi ſpeciem alteri debet.

Vt potius appareat, hanc ſemper domino incumbere obligationem, quoties alteri aliquam ſpeciem debeat, cuius tamen ipſi dominium propterea denegare nemo ſuſcipiet. Scilicet, admiſſo DONELLI argumento, ſequeretur, non praedii ſolum in dotem dati, ſed omnium ſpecierum, etiam mobilium denegandum eſſe noſtro dominium. Quod minime defendi poteſt, cum *lex Iulia de Adulteriis cap. fin.* fundi tantum alienatione marito interdicat, quod praeter ipſa legis, qualem BRISSONIVS exhibet, verba, etiam *l. vn.* §. *15. C. d. R. V. A.* teſtatur. Etenim, cum in corrigendo mutandoque iure veteri verſetur illa lex Iulia, ad non expreſſa extendi minime patitur. Nec hoc alienum videri cuiquam debet, eius rei, cuius periculum alter ſuſtinet, permiſſam eſſe nobis alienationem, quod ipſum rei venditae, nec dum traditae, natura demonſtrat. Cuius etſi periculum emtor ſuſtinet, alienatio tamen a venditore, contra legem quidem conventionis ad hoc, ſi traditio ſequatur, profecto ſuſcipitur, vt dominium tranſeat, nec adeo a priore emtore vindicari patiatur. Quod ſtatim intelligitur, ſi conſideras, ex ſola venditione, nulla dum ſecuta traditione, non tranſire dominium.

§. XLI.

Denique dominio noſtri nec leges obſtant, quae mentionem tantum fructuum iniiciunt.

Quod vero praeterea obiiciunt mariti dominio, et ex quo nudum vſumfructum dotalis praedii ei tribuendum putant, minime omnium probari poteſt. Scilicet

pro

pro firmanda re suä vtuntur, *l. 7. pr. l. 10. §. 3 D. d. I. D.* vbi VLPIANVS fructus dotis marito tribuit. Ex quo colligunt, quaecunque in fructu non sint, esse mulieris. Cui tamen argumento ea partim refellendo sufficiunt, quae modo de accessionum iure attuli; partim vero etiam propterea subscribi nequit, quod, altero posito, alterum excludi, minime consequitur. Denique etiam id concedo, certo respectu solos fructus esse tribuendos marito. Quippe, si de iis rebus agitur, quae in dote singulari inaestimata iure perpetuo ipsi cedunt, et nullo tempore veniunt restituenda, quod sane in solos fructus cadit, accessionibus cum ipsa re soluto matrimonio mulieri restituendis. Ex quo, si alicubi solius fructus mentionem legimus factam esse, sic accipiendum est, hos in pleno mariti dominio constitui.

§. XLII.

Summa rei.

Vbi vero id euicimus, ipsius rei dominium nostro minus recte negari, quod alibi disertis legibus vxori adscriptum legimus, hoc etiam a nobis praestandum erit, vt, quemadmodum haec inuicem cohaereant, demonstremus, et, quae nostra sit hac de re sententia, subiiciamus. Et, cum viderimus, sic esse iure Romano comparatum, vt, quae ex causa perpetua, (qualis dicitur esse dotis in *l. 1. D. d. I D.*) alteri tradantur, eius propria fiant: cum hoc diserte de dotis titulo affirmari viderimus: cum denique hoc etiam viderimus, dominium, quia natura sua est perpetuum, modo translatum esse constet, pacto adiecto ad tempus adstringi ad hoc non posse, vt, elapso eo, ipso iure reuiuiscat: haec omnia mihi persuaserunt, secundum ius Digestorum, durante coniugio, maritum solum dici

dici dotis dominum, et vxori ne quiescens quidem dominium adscribi posse. Si id quidem quiescere dominium dicitur, quod, impedimento remoto, ipso iure reuiuiscit. Quam sententiam confirmo non tantum *l. 1. §. 1. D. de Fund. Dot.* in qua dotalis praedii dominium simul cum vniuersitate, cum iure suo, vt alienari non possit, ad haeredem mariti transmitti dicitur, verum etiam *l. 7. §. 3. D. d. I. D.* vbi sic VLPIANVS, *si res in dotem ante nuptias sic dedit mulier, vt statim viri fiant, non secutis nuptiis, condicere eas debebit, misso nuncio; enimuero si sic dedit, vt secutis nuptiis incipiant esse, nuncio remisso, statim eas vindicabit.* Itaque soluto etiam matrimonio, antiquo iure, rei vxoriae actione repetenda erat a muliere dos, non vindicanda. Ex quo consequitur, plene translatum fuisse dotis datione in virum a muliere dominium, nec adeo hanc proprie eius dominam, sed hoc tantum intuitu, dici potuisse et esse dictam a ICtis, quia dominium ad ipsam certissime erat reuersurum, quum, quominus alienaret maritus, obligaret, seruitutem imponeret, lex Iulia cauerat. Consequitur porro, quemadmodum obseruat THOMASIVS in *N. Addit. ad* HVBERI *Praelect. Tit. Digestor. d. Fund. Dot.* IVSTINIANVM, non satis curate introspexisse iuris antiqui rationem, in *l. 30. C. d. I. D.* verbis: *non enim, quod legum subtilitate transitus earum in matrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est*, et paucis interiectis, *vt siue ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, siue secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam peruenisse videantur.* Etenim, quod ad ius Ciuile attinet, satis copiose probauimus, non inane nomen, sed omnino verum esse mariti dominium. Sed nec Iure Naturae aliter sentiendum erit, in qua re, quia fusius probando lectorem fatigare vereor, solo SENECAE vtar testimonio in *L. VII. cap. 12. de Benefic.* qui

ſic egregie. *Non eſt argumentum, ideo aliquid tuum non eſſe, quia vendere non potes, quia conſumere, quia mutare in deterius, aut melius. Tuum enim eſt etiam, quod ſub certa lege tuum eſt.* Poſtremo conſequitur, derogaſſe IVSTINIANVM hac conſtitutione ſua, puta *cit. l. 30. C. d. I. D.* antiquae iuris rationi, dum rei vindicationem mulieri, ſoluto matrimonio, conceſſit. Ex quo defendi poteſt, hodie, mulieri etiam, dominii quoddam genus in dotali fundo durante coniugio competere, quod quieſcens rectius, quam naturale dixeris.

PARS I.

PARS I.

Reſponſorum

Quae regulas generales, obſervationes proceſſuales et ad ſtatum familiae pertinentes continet.

RESPONS. I.

De vera inter actus facultatis mere naturalis ac ciuilis differentia.

Consentiunt omnes, facultate mere naturali per praescriptionem destitui neminem, nisi, praeuia alterius prohibitione, quod facere licet per tempus praescriptum intermittere continuauerit, adeoque prohibenti morem gesserit. Contra facultate ciuili exui, qui, quum fuisset vtendi occasio, per tempus praescriptum vsus non fuerit. Quales vero sint actus facultatis naturalis per se praescriptioni haud obnoxii, vix vllum inueneris juris interpretem, qui definiat. Vt potius occurrant, qui actus ex facultate mere naturali vel fieri vel impune intermitti opinentur, quorum intermissione ipsum agendi jus amittitur.

Quod mireris potissimum, ipse Senat. Prouocat. hoc errore, contra manifsta juris Romani placita, fuit correptus, donec Decis. V. nouiss. d. a. 1746. in rectam viam reducebatur. Ipsisque his diebus offerebatur sententia exteri Dicasterii, cujus subiectae rationes docebant, jus laudemii a subditis exigendi pro tali haberi, quale non amittatur, intra legitimum tempus, data occasione, exercitum fuerit, an minus. Quod quomodo cum *l. 7. 8. 10. §. 1. l. 11. ac 18. §. 1. sq. Quemadm. seruitutt. amitt. l. 6. sq. S. d. P. U. et l. 18. d. S. P. R.* nec non *l. 13. C. d. Seruitutt.* et *l. vlt. C. d. Praescr. long. temp.* conciliari possit, non video. Siquidem ex

 his

his intelligimus, acquiri et amitti per praescriptionem seruitutes. Idemque naturae rei est omnino consentaneum.

Absurdum esset, negare, quae vt fiant neque naturali neque ciuili lege jubetur, et quae facere licet, intermitti non posse. Quatenus omnino verum est, fieri et non fieri naturali jure licere. Id vero ex his praemissis non consequitur, facti et infecti eundem in ciuitate effectum esse debere.

Quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, et quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus *l. 153. d. R. I.* Igitur, quum donare videatur, qui patitur vsucapi, adeoque seruitus praescriptione, quippe virtuali conuentione, adquiratur, prono alueo consequitur, vsu seruitutis per tempus praescriptionis intermisso, ipsam seruitutem extingui, et libertatem naturalem seruientis, ex praesumta dominantis remissione, restitui debere, quod laudatae *ll. 13. C. d. Seruitutt.* 7. *10. §. 1. 11. 18. quemadm. Seruitutt. amitt.* videlicet, quum vtendi occasio non defuerit, adeoque ex vsu neglecto remittendi animus colligi patiatur, lucide confirmant.

Et quoniam principium decisionis ex *d. l. 153. d. R. I.* repetendum est, nihil ageret, si quis hoc in solis seruitutibus juris romani admittere, in aliis juribus negare, contenderet. Vt potius, quaecunque ex hominis dispositione, testamento, vel conventione, vel praescripto vsu nobis debentur, deberi desinant, si intra tempus legitimum non exigantur. Modo, quod recte declarat *Decis. V. d. a. 1746.* ter separatis temporibus vtendi fuerit occasio, ac tempus legitimum ex prima vsus intermissione praeterlapsum.

Igitur, si actus facultatis mere naturalis tales dicimus, quos agendi vel repetendi venia, nulla, ne longissimi quidem temporis intermissione priuamur, quales

les profecto hac appellatione intelligunt omnes, iis comprehendi non possunt, si agendi facultatem alterius factum praebuit, quoniam eorum intermissio per tempus praescriptioni definitum continuata, qua videlicet aduersarius immunitatem recuperauit, repetendi copiam praecidit. Quod praeter ea quae praemisi, ex ipsa negotii natura facile judicaueris. Siquidem, quae hominis facto nobis tribuuntur, dici non possunt naturaliter licere.

Ex altera parte rem subjectam aeque minus apte definiveris, si agendi et non agendi licentiam, excluso ciuili jure, ex naturali vnice repetieris. Hoc enim quoniam scimus ciuili jure coarctatum ciuitatique accommodatum, non pauca inveniuntur ciuili jure prohibita, quibus jus naturae non obstat, quaeque adeo naturaliter licere in ciuitate certe frustra, si non injuste, dixeris.

Hisque adeo conficitur, quos agendi veniam vel jus naturae in ciuitate non coarctatum, vel jus ciuile sine restrictione ad tempus definitum largitur, solos eos recte appellari actus merae facultatis naturalis. Quo liberum, hujus vel illius artificis opera vtendi arbitrium, ad communionis diuisionem provocandi, nec non jure Saxonico reluendi pignoris, et retroemtionis indefinite concessae, facultas, et, quae sunt id genus alia, pertinent.

Igitur CAR. FERDIN. HOMMELIA, caeterum hos juris laqueos in *Obseruatt. XXXIII.* egregie enodanti, et sub finem hujus dissertationis regulam tradenti, *quaecunque lege ciuili, vel pacto, vel priuilegio, vel vsu adquisita sunt, illa non utendo pereunt, caetera non pereunt*, et quocum praeterea consentio, dum *priuilegium* pacto comprehendi censeo, quoad *legem ciuilem* subscribere non possum. Vt potius ex Const. I. P. II.

 intel-

intelligamus, agendi facultatem subjectam praescriptioni, per legem ciuilem naturali libertati posse restitui.

Huc pertinent rationes, ad refellendas rationes exteri dicasterii nostrae sententiae nuperrimo mense adjectae et cum ea regimini Francohusano in causa B. contra ecclesiam I. redditae, his verbis expressae: *Obwohl nur diejenigen Handlungen, welche man nach natürlichen und bürgerlichen Rechten zu unternehmen berechtiget ist, z. B. sich der Arbeit eines Handwerks-Manns, da man sich zuvor eines andern rechtsverwehrte Zeitlang bedient hatte, zu gebrauchen, oder Theilung mit anderen gemeinschaftlich habender Sachen zu verlangen, als* actus merae facultatis naturalis, *an deren Unternehmung man sich durch keinen Zeitverlauf versäumen kann, anzusehen sind, dagegen Befugnisse, zu denen man durch Vertrag oder Verjährung gelanget, aus der in der* l. 153. D. d R. I. *angegebenen Ursache vielmehr für* actus facultatis ciuilis *zu achten seyn, und, wie sie durch Verjährung erlanget werden, auf gleiche Weise, wegen deren rechtsverwehrte Zeit lang unterbliebenen Gebrauchs, wiederum verlohren gehen müssen, wie dieses das Beyspiel der Servituten offenbar bestätiget. Wannenhero dem* fol. 243. actor. 1 mae Inst. *aufgestellten Grundsatze eben so gewiss nach gemeinen Rechten nicht beyzupflichten ist, als ihn die Chur-Sächsischen Rechte mittelst der 5ten Decis. v. I. 1746. verwerfen. Welchemnach, wenn in der That, dass das streitige Lehngeld rechts verwehrte Zeit über, der dazu vorhanden gewesenen Gelegenheiten ungeachtet, nicht gefordert worden wäre, für erwiesen zu achten seyn müsste,* appellant probanda *erwiesen haben, und von der erhobenen Klage zu entbinden gewesen seyn würde etc.* reliqua enim in demonstrando probationis defectu occupata, ad nostram thesin euincendam nihil faciunt.

RE-

RESPONS. II.

De discretionis, inter civile dispendium et poenam, interdum non indubiae, necessitate.

Quemadmodum vir sapiens et bonus, idemque simul aequus rerum quotidianarum arbiter, haud negat, multos ac prope modum innumeros esse honestatis gradus: Ec quis enim, vt vno hoc per illustri exemplo vtar, tam elato supercilio mores hominum censeat, vt, si propter pacis dudum desideratae restitutionem, domusue Augustae progeniem prope desperatam, aliamue rem egregie prosperam ac memorabilem viderit Principes non exiguam pecuniae quantitatem comoedis, cantationibus, laruis, saltationibus impendere, et eiusmodi, vel alio ludorum genere populi animos exhilarare, hoc inquam vt improbandum ducat: Sin vero ab aliis Principibus, laetitiae ob salutem publicam testificandae causa, eandem pecuniae molem moerori et egestati miserorum in re publica minuendo leuandaeque impendi conspicimus, id quis facile non longe honestius, generosius, ad emendandosque et erigendos ciuium animos accommodatius fieri duxerit? Quemadmodum in ciuitate, quae, missis imperfectis, solas perfectas legibus continere obligationes valet, multa licent, quae parum honeste vel fieri vel intermitti, omnes consentiunt: Sic in iure nostro obueniunt; quae honestius fiunt, prudentius intermittuntur, obueniunt, quae lege vetita impune fiunt. Si debitor, instituta contra se actione, obligationem, ex qua debitum enatum est, confitetur, simulque peremtoriam, qua pollet, exceptionem obuertit, quoniam bona fide ingreditur, honestius eo agit, qui debitum, quo ipse continetur, exceptioni suae confisus, dissimulat, contra hic, modo iusiurandum delatum haud fuerit, illo prudentius, quia probationis onus effugit, quod

confeſſum excipientemque ſubire oportet. Hoc argumento optime defenderis ab interpretibus ſuppeditatam legum *permiſſiuarum* appellationem, ſcilicet obuenire actiones, quas non omni ex parte probabiles leges quidem non praecipiant, ferendas tamen permittant. Me quidem hac legum in praeceptiuas, permiſſiuas, et prohibitiuas, diuiſione, non inficior me inde ab eo tempore quo primis labris attingere iurisprudentiam incipiebam, vehementer offenſum fuiſſe. Meminique, cum verbis initialibus Diſſertationis de *Pacto remiſſorio ante concurſum formalem rell.* cui b. m. Parens, reſpond. Brehmio, praeſidebat, quae quidem haec ſunt: *Manifeſtum illud legum diuinarum et humanarum opus eſt, obligare et permittere*, equidem, contradictoris ordinarii munere functus, hoc argumentum oppoſuiſſem, leges eſſe praecepta a Principe ad actiones ciuium dirigendas expoſita, jubentem prohibentemque praecipere, non permittentem, adeoque conſequi, legum operationem in permittendo verſari non poſſe, nihil eiusmodi relatum fuiſſe, quod, ut mutarem ſententiam, efficere potuiſſet, vt potius filii modeſtiae in iis acquieſcendum fuerit, quae rem propoſitam, quum euincere non poſſent, quodammodo excuſare viderentur. Deſcendit illa diuiſio procul dubio ex illo Modeſtini ratiocinio in *l.* 7. *d. LL.* ibi legis virtus eſt, *imperare*, *vetare*, *permittere*, *punire*. Quod quidem verum eſt. Videlicet, quoniam leges vel praecipiunt, vel vetant, conſequitur, quae nec prohibeantur fieri, nec praecipiantur, ex naturali libertate vel fieri vel intermitti. Quam ob rem *permittere* ſolis naturae humanae legibus recte tribuitur, ciuilibus ſolum *praecipere* vel *prohibere*.

Neque legum prohibentium idem ſemper effectus. Id quidem §. 10. *l. d. R. D.* docemur, non ex ſola legis prohibitione, ſed ex poenali ſanctione ei adiecta,

poe-

poenas esse repetendas. Quanquam enim LEYSER in *Spec.* 643. *Medit.* 5. existimat, qui contra legis prohibitionem poenali sanctione non instructam commiserit, a iudice, ne lex eludatur, molliter puniendum esse, cui videlicet Princeps censendus sit hoc tacite committere voluisse, iuris rationi tamen *l.* 24. *d. Poen.* conuenientius duxerim, oblatis ejusmodi exemplis, in comminatione poenae, si factum repetatur, infligendae subsistere. Cuiusmodi meliorem sententiam eo magis plus vice simplici amplexi sumus, quo minus propter impensas iudici persoluendas, omnino inultam fert reus suam temeritatem. Caeterum per se patet, hoc imprimis ad leges politiae causa latas, siue criminales, ad ciuiles, vel in regundis ciuium actionibus occupentur, vel in formis construendis, quibus certa negotia instituantur, non aeque pertinere. Vt, ad eas quod attinet, transgressores aliud potius impendium pecuniarium, cum re proposita coniunctum, non poenam, nisi haec simul expressa sit, sentiant. Scilicet his, ciuiles puto, prohibita si committuntur, vel praecepta omittuntur, *l.* 5. *C. d. LL. et Constitut.* pro nullis, ac plane infectis declarantur. Neque de hoc rei exitu, vt sit legibus, quae eis debetur, vis et auctoritas, existimo dubitandum esse, nisi, vel ipsa lex, praeceptiua vel prohibitiua sit, vsu contrario abrogata, vel eodem certe mitior sententia inualuisse videatur. Hoc inprimis in formalibus lege iudiciaria praescriptis saepius deprehendimus. Siquidem illius regulae iuris consilium, rapiendi occasionem, quae benignius responsum praebeat, suadente, quin vrgente summa aequitate, quoad fatalia in processu iudiciario obseruanda, locum sibi omnino vindicat, ne ex incuria vel ignorantia causae patronorum immeriti clientes detrimentum capiant.

Hinc, etsi leuterationi contra sententiam, quae vel actori facti in libello propositi, vel reo exceptionis probatio-

 batio-

bationem imponit, locus omnino denegatur, ea tamen interposita, fatale probationis non ex decendio post publicationem elapso computari sueuit, quanquam *d. l. 5. C.* hanc computationem postulat, vt potius, donec vel decreto iudicis reiecta, vel, si is illegitimae petitioni obtemperans prosecutionem concesserit, per sententiam inadmissibilis declarata, et haec, vel illud rei iudicatae vim nactum fuerit, dies probationi praescriptus currere non incipiat, adeoque haud necessarium sit, dilationis petitione eius prorogationem impetrare. Similiter, quae quis in iudicio alterius nomine mandato haud instructus fecit, non legitime facta videri per illam *l. 5. C. d. LL.* possint plane infectis, praesertim si aduersarii accusatio contumaciae accesserit, aequiparanda esse. Sed nec tum iuris rigorem sequimur, vt potius aduocatum cum mulctae comminatione procuratorium, vel actorium; et, si hcc etiam desit, curatorium exhibere, iubeamus.

Monebam, legis ciuilis, praeceptiua vel prohibitiua sit, violationem, vel neglectum id operari, vt factum pro infecto habeatur. Quam ob rem inter negotia vnilateralia et bilateraria distinguere oportet. In illis neglectus eorum quae leges ad formam requirunt, efficit, vt nihil actum esse videatur, in his praeter negotii nullitatem, interdum ex facto illegitimo damni alteri dati resarciendi nascitur obligatio. Idque, si negotium non lucratiuum subest, nihilque damnum passo vitio verti potest. Etenim, qui verbi causa conuentionem, neglecta forma iure praescripta, init, indeque circumuenitur, de sua incuria vel inscitia queri debet, nec alterum, quocum in pari reatu est, ob id sibi obligatum habet, modo dolus absit, qui per se obligat, et ex quo praeterea factum per se non probrosum interdum in delictum abit. Quis non ab omni iurisscientia alienus rideat,

rideat, quum viderit, heredem in teſtamento nullo ſcriptum, hereditatem a legitimo herede ob hoc ipſum petere, quod forma legibus praeſcripta a teſtatore poſt habita fuerit. Nec fere minus ridiculum, facta immodica donatione, donatorem eiusue heredem adigere velle, vt inutilem exceſſum propterea praeſtet, quod intra priuatos parietes, non coram iudice donationem fecerit, factamue inſinuare neglexerit. Contra de obligatione commodatarii vel conductoris, vt damnum furto vſus vel abuſu commodanti vel locatori illatum reſarciat, nemo facile dubitauerit. Eundem vero commodantem vel conductorem praeterea poenae ſubmittere, qualem lex nullam definiuit, nimis durum eſſet.

Vt ne propter dolum quidem, ex quo eiusmodi laeſio deſcendit, hoc aliter liceat, quam ſi vel ipſe dolus lege ſpeciali notatus appareat, cuiusmodi exemplum praebet miſerabile depoſitum, vel is delicti alicuius, furti, quod exemplo ſit, vel falſi naturam induat. Verum enimuero, quemadmodum rigorem iuris egrederetur, qui, praeter reſtituendi obligationem, poenam legibus non ſtatutam infligere ei vellet, qui damnum alteri iniuſte intulerit, profecto longius a vero aberraret, qui, de laeſo indemni praeſtando parum ſollicitus, in puniendo laedente ſubſiſtere vellet. Siquidem, quod in commentatione ſuper *Deciſ.* 36. *d. a.* 1746. probaui, laeſi indemniſatio poenae executione plus vna cauſa eſt fauorabilior.

In has meditationes duo loca legis noſtrae iudiciariae me induxerunt, quippe §. 17. *Tit. XXXIX.* et §. 3. *Tit. XIV. O. P. S. R.* Illa, cui prius paucis inhaerere liceat, emtorem exponit, qui fundum haſtae ſubiectum plurimum licitando ſibi comparauit, et pretium vel die adiudicationi praefixo, vel alio ad ſolutionem conſtituto, haud numerauit, et a iudice admonitus in-

tra

tra tres ſeptimanas praeſtanda non praeſtitit, eundemque, hoc termino rebus infectis praeterlapſo, decima parte pretii mulctat, et hanc mulctam in iudicio concurſus creditoribus, caeterum vero aerario ergaſtuli Waldheimenſis addicit, denique fundum haſtae iterum ſubiiciendum conſtituit.

Huiusmodi exemplis pluribus nobis oblatis, in quibus contigerat, vt, qui obaerati debitoris fundum plurimum licitando euiciſſet, pretium definito tempore non ſoluerit, adeoque ſubhaſtationi repetitae cauſam dederit, quum ſimul diſceptatio ageretur, amiſſione decimae partis pretii emtor dimittendus, an praeterea, vt damnum creditoribus datum reſarciret, compellendus eſſet, nos quidem ſemper reſpondimus, vtrumque ſimul ſubſiſtere, damni ex fruſtrata fide reparationem, ac decimae partis pretii iacturam. Nouiſſime tamen obſeruare contigit, alii iuris collegio contrarium placuiſſe, videlicet ratiocinanti, Llatorem exiſtimandum eſſe intereſſe creditorum, nouae litis proſcribendae cauſa, decima parte pretii compenſare voluiſſe, adeoque damni repetitionem non patere. Quae ſententia mitior, primo aſpectu arriſit, curatius cogitanti apparuit ipſi legi contraria, et iuris rationi parum conſentanea. Hanc enim vidimus ita comparatam eſſe, vt eum, qui ab obligatione ciuili ſibi aduerſus alterum impoſita deflectat, ad reſarciendum damnum contrauentione illatum deuinciat, ſiue, quod ſaepius audiueris, ad praeſtandum id, quod interſit. Intereſſe illud aut ex legum definitione certum eſt, quod per ſe debetur, aut ſua natura incertum eſt, et praeuia probatione ad certam pecuniae quantitatem redigendum. Illud obtinet, ſi definitus vſurarum modus in locum eius quod intereſt ſurrogari patitur, vt, ſi rei fungibilis debitor moroſus fuerit. Vt tamen creditori, grauius ſibi damnum illatum eſſe aſſerenti,

eius probatio concedenda ſit. Qua ſuperſedere in damno ſua natura incerto nunquam poſſumus. Iam ſi emtorem, ad rem praeſentem quod attinet, intuemur, qui pretium promiſſum non ſoluit, intelligunt omnes, damnum inde venditori natum certum definiri non poſſe, vt hoc potius ex poſterioris emtoris qualitate potiſſimum, pendeat. Ponere igitur, hanc fuiſſe Llatoris in d. §. 17. *Tit. XXXIX. O. R.* mentem, vt damnum venditoris decima pretii parte definiret, eſſet, animum ei affingere, omnino recedendi a iuris communis in definiendi damni alteri ab altero illati ratione, eamque in re praeſente immutandi, quod regulae interpretationis non ferunt. Ipſa vero etiam lex noſtra dubium omnino nullum relinquit, immutandi ciuilem emtoris obligationem, conſilium non fuiſſe, vt potius admiſſae temeritatis poenam conſtituerit. Si non quidem ſolum illam decimae pretii partis iacturam vel numerationem ter repetita vice poenam appellat, verum etiam in aliis omnibus, praeter concurſum, neceſſariae ſubhaſtationis cauſis eandem ergaſtulo Waldheimenſi adſcribit. Ecquis vero venditorem iure per contractum ex eius perſona a iudice cum emtore peractum quaeſito, deſtituere voluiſſe Llatorem, propugnet. Et quae poſſit quaeſo idonea ratio cogitari, ob quam in publica venditione deterior conditio venditoris, quam in priuata, eſſe debeat. Eſt igitur veriſſimum, legem noſtram ad ciuilem emtoris obligationem pertinere non poſſe, vt, illa potius ſalua, Princeps temeritatem emtorum, qui non raro, opibus deſtituti, inueniendi pinguioris emtoris ſpe alliciuntur, cohibere, et mulcta in hanc rem conſtituta vel creditoribus ab obaerato debitore deceptis ſuccurrere, vel, dum eas ergaſtulis tribuit, ipſi reipublicae, cui poenarum paſſione ſatisfaciendum eſt, inſeruire cupiat. Idemque legislatoris animus, vt puniatur emtor, non vt venditori ſatisfiat, luculentius ex

pos-

poena carceris claret, egeno emtori, mulctam hancce soluere impari, imposita.

Alter locus *Ord. Rec. Proc. Sax.* quippe §. 3. *Tit. XIV.* tractat autoris nominationem, qua possessor a domino petitus vsus fuerit, eumque, si possessionem dissimulasse deprehenditur, vt actori statim, non expectata dominii probatione, possessione cedat, deuincit, et, si dolo malo egisse appareat, simul poenae iudicis arbitrio definiendae subiicit. Ciuile illud dispendium, quo, qui possidere negat, possessione destituitur, in *l fin. D. d. R. V.* stabilitum ab aequitate non abhorret. Ipsa enim *d. l.* verba sat clare demonstrant, eo non afficiendum esse, qui, iusto errore seductus, possessionem ad alium pertinere existimauerit. Quis, vt hoc exemplo vtar, legatarium, fundi sibi legati inscium, eo propterea priuandum ducat, quod possessoris heredem eius possessorem nominauerit, si heres legati causam quam antea tacuerat, interserens, ad legatarium potius, quam ad se, possessionem pertinere profiteatur. Itaque dubitare non licet, *d. l. final.* solos eos possessione destitui, qui eam vel scientes negauissent, vel scire potuissent, et, quoniam quemlibet oportet suae rei gnarum esse, debuissent. Vt adeo possessionis beneficio indignus non immerito iudicetur, qui eandem quasi furtim exercere studeat, palam profiteri erubescat. Caeterum vero praeter possessionis amissionem, admodum per se molestam, peculiari poena negans, quasi delinquens, non afficitur.

Et quoniam ab hac iuris antiqui ratione Saxoniae Electoralis Llator existimandus non est recedere voluisse, si quidem possessionis conscius, eandem negans, vix dolo carere videtur, quae vera sit verborum in lege nostra, *auch da er hierunter gefährlicher Weise gehandelt, hierüber willkührlich zu bestrafen*, significatio, non inepte

inepte dubitaueris. Consentiunt omnes, iustam possessoris ignorantiam se possidere, naturalem et iuris rationi consentaneam praebere contra d. l. final. d. R. V. nostramque §phum 3. quatenus illam confirmat, defensionem. Quae quum ita sint, consequitur, possessionis negationem non per se, sed eam demum, quam contrarii scientia comitatur, possessione possessorem priuare. Quum igitur lex nostra inficiantem, si doli simul reus cognoscatur, praeter illam possessionis amissionem satis per se acerbam singulari poena afficiendum exponat, consequitur, inficiantem non ex sola dissimulatione dolosum existimandum esse, vt potius ad inferendam doli insimulationem plus requiratur. Neque id mirum. Siquidem scimus, veritatis reticentiam, vel falsi professionem non vbique probrosam esse, multo minus pro delicto reputandam. Vt sit opprobrio, oportet, ei factam esse, qui imperare possit, vt in delictum doli mali vel falsi transeat, requiritur, vt vel suscepto officio aduersetur, vel animo lucri ex alterius damno capessendi fiat.

His positis, quae ex principiis iuris communis omnino ponenda sunt, et a quibus recedere voluisse Saxoniae Electoralis Llator putandus non est, liquet, praeter possessionis amissionem possessorem, qui possidere inficiatur, puniendum non esse, nisi de animo, frustrandi actoris petitionem, vel certe grauioribus eum difficultatibus impediendi simul constet. Si per se quidem actoris ex falsa authoris nominatione melior fit conditio, dum dominii sui demonstrandi necessitate liberatur.

Offerebatur his ipsis diebus a praefectura Rosslauiensi nobis eiusmodi causa. Videlicet reus, quem actor agros in se hereditario iure deuolutos possidere professus fuerat, fratrem, a quo ipse eos conductos haberet, autho-

autorem nominauerat. Frater nominatus a iudice citatus vt responderet, possessionem confessus, causam emtionis obiecerat, ex qua ipse eos a defuncto acceperit, cuius heredem se actor gereret; Quibus postquam actor falsi accusationem obiecerat, replicando, nominatum rationis vsu destitutum, et status curatori propterea commissum per se nihil valide et legitime agere, et, quae facta sint, mente capti nomine a rei procuratore facta esse; Ipse nominati curator, se talem esse constitutum, agros litigiosos non se tuendi nomine, sed reum vere possidere, nihilque in lite se praescio et consentiente factum esse, iudici interroganti responderat, adeoque veritatem ab actore narratorum confirmauerat; Reus denique in iudicium vocatus idem confessus, haec omnia a se agricola, iuris ignaro, ex consilio causae patroni facta esse, defensione vsus fuerat: Nos quidem de iure consulti reum a poena immunem secundum actoris petita condemnauimus, actione eidem ad consequendam indemnitatem contra causae patronum recepta, his verbis:

Daß Beklagter die libellirten etc. 5¼ *Acker Klägeren einzuräumen und abzutreten etc. denenselben auch die durch diesen Proceß verursachten Unkosten bis zum 50sten Akten-Blatte zu erstatten schuldig; Dagegen wieder Beklagten des ihm beygemessenen Falsches halber zwar weiter nichts vorzunehmen, er ist jedoch auch die* a fol. 51. *veranlaßten Unkosten abzustatten verbunden; Und bleibt im übrigen demselben, wenn er den Vorgeben fol.* 85. b) *nach, von seinem Sachwalter irre geführet worden, der Entschädigung halber wieder denselben ordentlich klagbar zu werden, unbenommen. V. R. W.* ex rationibus.

Dieweil Beklagter nach der wider ihn erhobenen Klage mittelst des fol 5. seq. eingereichten Schreibens, daß er die in Anspruch genommenen Aecker eigenthümlich besitze, ver-

verneinet, und, daſs er ſie von ſeinem Bruder Ch. M. K. pachtweiſe inne habe, angeführet; Auch, wenn ſchon letzterer fol. 16 *ff. deſſen geſtändig geweſen, und Klägern das ſich angemaaſste Eigenthum verneinet, welchemnach ſich anſehen laſſen ſollte, daſs, zuförderſt unter Nachlaſſung nurbenannten K. als* nominati authoris *Gegenbeweiſes, Klägern der Beweiſs auferlegt werden ſollen, gleichwohl auf dasjenige, was in des* nominati *Nahmen zu denen Akten verhandelt worden, ſowohl deſswegen, weil derſelbe nach dem Randzeugniſſe fol.* 46 *b) und der Ausſage fol.* 51 *b) ſq. als ein Blödſinniger ſich in* cura ſtatus *befindet, als weil Beklagter, beſage fol.* 84. *ſq. die Unwahrheit der Anfangs gemachten* authoris nomination, *und, daſs er ſelbſt die geklagten Aecker* animo dominii *beſitze, eingeſtanden, einiges Abſehen nicht gerichtet werden mög; Und denn von dieſer Inficiation ſowohl nach gemeinen Rechten, als nach klarer Vorſchrift der Erl. Pr. Ordn. Tit. XIV. §. 3. der Verluſt der ſtreitigen Sache zugleich abhängt, obſchon, daſs hierunter eine ſonſt gefährliche und denen Klägeren zu beſonderen Nachtheil gereichende Handlung verborgen ſey, ſich nicht veroffenbaret; Wannenhero Beklagter noch auſserdem mit Strafe nicht zu belegen, ſowohl ihm in Betracht, daſs* conſilia artis obligatoria *ſind, die Regreſs-Nehmung wider ſeinen Sachwalter nachzulaſſen geweſen, ſo iſt etc.*

RESPONS. III.

Pauli consilium, rapiendi occasionem, quae benignius responsum praebeat, ad criminalem potissimum iustitiam pertinere.

Quam in *l.* 168. *d. R. I.* legimus PAULI celeberrimi, eiusdemque hercifcundi ICti, sententiam, rapiendam esse occasionem, quae benignius responsum praebeat, in iure Civili non plane otiosam esse, illud notissimum demonstrat, rei partes in iure favorabiliores, quam actoris haberi. Verum quoniam praecipua huius iustitiae functio in suo iure cuiuis tribuendo versatur, extra Processum, qui diuersimode reo, quam actori, est commodior, difficillimum est, reo magis, quam actori opitulari. Non enim iis assentio, qui, nulla alia ratione permoti, propter hoc vnum, quod probatio ab actore semiplene peracta sit, purgatorium reo, non suppletorium actori concedendum esse, contendunt. Vt potius, quia plenior affirmanti, quam neganti, fides habenda, ac de probationis defectu integerrimis, iisdemque parum plerumque suspicacibus potissimum conquerendum est, si non alia argumenta rem mutant, suppletorii suasor sim iurisiurandi. Nec magis idoneum confirmandae huius regulae in causis ciuilibus exemplum praebet sententia, quae, quantum equidem arbitror, in quibusdam ICtorum collegiis iure obtinet, in iudicio vniuersali priuilegiatis creditoribus soluta, in sortem, non in vsuras imputanda esse, quae videlicet non debitoris communis, reliquorum potius creditorum, sortisque, cuius receptione damnum auertitur, prae vsuris fauori superstructa est. Propius ad rem praesentem accedit extensio *l.* 2. *C. d. resc. vendit.* ad laesiones, quas vel emtor, vel alii contrahentes perpessi

pessi fuerint, quicquid contra disputauerint CUIACIUS *XVI Obs.* 18. *XXIII. Obs.* 32. et ANTON. FABER d. *Error. Pragmaticor. Decad. VIII. err.* 7. constanti et perpetuo vsu recepta, eademque vel in transactione, quae ob dubium litis euentum qualemcunque rescissionem excludere videbatur, *Constit. XXXIV. Part. II.* admissa.

Vtut vero haec sint, in poenalibus profecto potissimum caussis auide apprehendenda est, quae benignius responsum praebet, occasio. Non solum, quia has ICtum in mente habuisse subsequentia verba docent: Scilicet haec, *quod factum est, quum in obscuro sit, ex affectione cuiusque capit interpretationem*, quippe quae ad negotia ciuium, modo excipias testantium voluntatem, pertinere non possunt, in quibus intentio in mente retenta nihil operatur, quum ex aduerso, sine animo delinquendi delictum non cogitari, sciamus omnes. Quapropter, et quoniam poenae perpessione, quum nostro iure delicta propemodum omnia publica censeantur, ciuitati satisfieri intelligitur, rei ratio exigit, nulli delicto poenam omnino certam lege statuere, quocunque potius delicto nobis proposito, animi in delinquendo prauitatem ex iis, quae rem praesentem comitantur, indagare et explorare, num fur, verbi causa, egestate pressus, an studio et consuetudine furandi, opulento, an egeno, data opera, an oblata opportunitate, quid surripuerit, ex his argumentis probe perspectis delicti grauitatem aestumare, et, quae poena promerita videatur, iudicare.

Quae quum non facile cuiuis aequo rerum aestumatori non probabilia debeant apparere, quanquam ob frequentiam delictorum nimiamque iuris incertitudinem inde metuendam plane liberum iudicantium arbitrium Principes esse noluerunt, hoc certe efficiunt,

 officium

officium iudicis exigere, vt ob argumenta aequitati et rationi consentanea, eademque in concordiam cum iure positiuo reducenda, mitiorem sententiam acerbiori praeferendam ducat. Quod cum analogia iustitiae punitoriae, quae mitigare quidem sententiam finit, non exacerbare, amice conspirat. Dixi, ob argumenta rationi et aequitati consentanea, ex quo per se claret, salua reipublicae securitate, quam tueri suprema lex est, hoc fieri debere.

Quam ob rem cum iis non consentio, qui, commisso crimine atrociori, incendio, veneficio, rapina, quae exemplo sint, accusatum eundemque hominem leuis notae, quoniam argumenta suspicionis non proxima et satis grauia appareant, libertati statim restitui cupiunt, vt potius, eiusmodi benignitatem male collocatam esse, dixerim. Princeps non tanquam vindex sceleris, sed propter tutelam reipublicae sibi concreditam, homines nefandi facinoris suspectos, ne quid simile ciuitati exitiosum moliantur, libertate priuat. Hinc sceleris atrocia, minitans reipublicae periculum, accusatique conditio, praeter indiciorum grauitatem curiose in vestiganda et comparanda sunt, ne ad absoluendum procliues simul in ciuitatem iniurii videamur.

Inprimis vero ratio et aequitas, si quid video, benignius responsum suadent, si quis vel primum cum non adeo graui reipublicae offensione deliquerit, vt spes emendandi sit credibilis, vel, nulla ciuitatis laesione apparente, peccasse potius, quam deliquisse videatur. Illud in furta potissimum simplicia, non adeo magna, a paupere, oblata opportunitate, commissa, haec in delicta, quae vocantur carnis, absque nefanda venere commissa cadit.

Causam dedit his meditationibus sententia, quae ex actis ob rei defensionem ad nostrum collegium translatis,

latis, haud ita pridem offerebatur, quae propter duplex ſtuprum eiusmodi, quod pragmatici inceſtum iuris humani nominant, et propter furtum ab eodem commiſſum decreuerat, reo cuiuscunque delicti cauſa ergaſtuli poenam ſic eſſe ſubeundam, vt, praeterlapſis annis inceſtui cum conſobrina commiſſo conſtitutis, eandem manſionem laboresque per tempus ſtupri cauſa, quod cum affine interceſſerat, definitum, et ſic etiam his exactis propter furtum ſuſtineret. Quae quidem poena partim aſperitatis, partim accumulationis cauſa, nobis haud probabilis videbatur.

Huius enim reſpectu, perpetuum continuo vſu firmatum apud nos obtinuit principium, maior poena abſorbet minorem. Idemque, quoniam plus ſimul id, quod minus eſt, comprehendit, ſecuti ſumus, plura eiusdem, an diuerſi, generis delicta fuerint commiſſa. Quae pronunciandi ratio quum longiſſimi temporis limites egrediatur, neceſſarioque Principi innotuerit, cui non videatur legis conſuetudinarae vim nacta, et, qui contrariam rationem ſequitur, ipſa lege durior eſſe.

Ad ipſam vero poenam quod attinet, ex *Conſt. XIX. et XXII. Part. IV.* intelligimus, adulterium, praeſertim duplicatum ius antiquum Saxonicum inprimis odio habuiſſe, et praeter inceſtum, poſt habita Dei *Leuit. Cap.* 18. prohibitione, commiſſum, nullam carnali inter conſanguineos commixtioni poenam ſtatuiſſe. Vt, qua hi affecti fuerunt, poena relegationis ex ficta iuris analogia vſu obtinuerit. Iam, ex quo nouam ius criminale formam induit, et quoad poenam adulterii, aliorumque carnis delictorum, in gladii locum ergaſtulum quatuor annorum, duorumque ſucceſſit in locum fuſtigationis, ſurrogata tandem eadem poena annum vel ſemeſtre duratura perpetuae ac decen-

nali relegationi, denique minus probrosis aliquot septimanarum detentione in carcere constituta, quis non ex hac poenarum deminutione et gradatione intellexerit, non solum principem nostrum sapientissimum et humanissimum longe mitius et rectius de ejusmodi legum transgressoribus, qui plerumque aestu sanguinis labuntur potius, quam delinquunt, et, modo adulterium, bigamiam et stuprum cum honesta filia-familias perpetratum exemeris, labendo sibi, non aliis molesti sunt, ex eoque peccare rectius, quam delinquere dicuntur, iudicasse, sed praescripta etiam hac generali norma significare voluisse, iudicantium esse debere, ex iis, quae rem circumstant, qua poena adulterii aliusve stupri reus afficiendus esse videatur, aestumare.

Siquidem Indulgentissimus Princeps non solum poenam adulterio statutam, sed leuiorum etiam carnis delictorum, se mitigare velle professus est, sed modum etiam poenarum et gradationem aperte declarauit. Vt hoc vnum non omnino liquere videatur, hac poenarum deminutione num simul incestum contra ius Diuinum, id est a parentibus et liberis, iisque quos parentalis respectus intercedit, commissum simul comprehendere voluerit, an minus. Quoniam vero alio loco hoc delictum turpissimum quidem agnoscit, inter atrocissima tamen, quia deest securitatis publicae turbatio, haud refert, poenae capitalis contra parentes autor esse nolim, vt potius in his, nec non in filio poenam ergastuli quatuor annorum, biennii vero in filia, et iis, qui parentalem violauerint reuerentiam, menti legislatoris duxerim consentaneam. Id vero profecto haud cogitari potest, eundem Principem, qui adulterii duplicati, quin bigamiae reos, non vltra operas publicas per quadriennium sustinendas puniri voluerit

rit

rit, ſimul poenae modum, quem olim, quum lex gladio adulteros puniret, ob ſtuprum, vel, ſi mauis, inceſtum conſobrinorum vel affinium, imaginarius dicaſteriorum iuſtitiae ſenſus excogitauerat, vſusqne firmaverat, approbare, vt potius illa ipſa poenarum gradatione earumque cum poenis antiqui iuris comparatione ſatis aperte declaraverit, ſe velle, vt ejusmodi peccatores aliquot, trium videlicet, quatuor, ad ſummum ſex ſeptimanarum manſione in carcere reipublicae ſatisfaciant. Quo minus naturalis turpitudo congreſſui eorum affingi patitur, quorum nuptiis, praeuia imploratione, ſenatus eccleſiaſticus annuit. Ob eamque rem ſententiam illam, quoad poenam furti cauſa reo impoſitam confirmauimus, ſublatis ſimul inceſtus ergo decretis. Et in eiusmodo cauſis ad nos transmiſſis reo aliquot ſeptimanarum carceris poenam impoſuimus. Quod nuperrime menſe Martio huius anni ad petitionem ſenatus Schneebergenſis his verbis factum: *Daſs I. R. E. des begangenen und eingeſtandenen verbothenen Beyſchlafs halber vier Wochen lang mit Gefängniſs, worinne ihr nach Vorſchrift des Befehls vom 30ſten April* 1783. *§pho* 14. *der Müſsiggang nicht zu geſtatten, zu beſtrafen, ſie könnte und würde denn, daſs ſie, ihren Schwängerer I. G. E. zu ehelichen, Höchſten Orts Erlaubniſs erhalten, und ſolches in der That gethan habe, oder zu thun im Begrif ſtehe, durch das Zeugniſs des Aufgeboths beybringen, ſo iſt die ihr zuerkannte Strafe in drey bis viertägigen leidlichen Gehorſam zu mindern etc.*, et quoniam Luſatia minus ſeuere in huius generis peccatores animaduertit, interroganti ſenatui Fürſtenbergenſi Menſ. Februar: huius anni reſpondimus, *daſs M. M. und M. E. L. der mit einander gepflogenen geſetzwidrigen fleiſchlichen Vermiſchung halber drey Wochen lang mit Gefängniſs zu beſtrafen.*

Nec desunt causae ad mitigandam ordinariam adulterii poenam mirum, quantum operantes, quas aestimare, et si iustae appareant, sequi illa ipsa poenarum distinctione Indulgentissimus Llator non solum veniam dedisse, sed etiam, si quid video, iussisse existimandus est. Has inter frigus adulterium passi, eiusdem iniuriandi consuetudinem, natam exin inimicitiam, copulae quoad thorum et mensam suspensionem, coniugalis debiti negationem, veram desertionem, adulterium ab altera parte prius commissum, impotentiam, praesertim, quae ab initio consumationi coniugii obstitit, et, quae id genus alia rerum argumenta suppeditant, collocanda sunt. Eaque tanti partim ponderis, vt nullam, nisi aliquot septimanarum carceris poenam admittant. Cui rei illustrandae etiam vnum atque alterum exemplum apponere liceat. Et quidem sententiae ineunte hoc anno senatui Chemnitzensi datae, huius tenoris: *Dieweil ernannte B. wie* ex Fol. 8. *ingleichen* Fol. 26. ss. *des beygebundenen* Vol. sub. O. *zu ersehen, bereits seit der Mitte des Iahrs* 1786. *von ihrem Ehemanne böslich verlassen worden, und, wenn schon der zwischen beyden bestandene Ehebund förmlich nicht getrennet, da gleichwohl die Verlassung, der wieder den* deserentem militirenden *rechtlichen Vermuthung des* adulterii *halber die Trennung wirket, die vom* deserto *mit einer andern Person nach Verfluss eines so langen Zeitraums getriebene Unzucht, angesehen der Ehebund im rechtlichen Sinne für aufgelöset zu achten, nicht als ein Ehebruch angesehen, und mit der darauf in Rechten gesetzten Strafe beleget werden mag; So ist ernannte B. obschon deren Vorgeben, was maassen sie Nothzucht erlitten habe, kein Glaube beyzumessen, ihres begangenen Verbrechens halber sechs Wochen lang mit Gefängniss, worinnen ihr — — zu bestrafen.* Nec non alius senatui Graefenhainichensi mens. Febr. huius anni

missae:

missae: *Dieweil, dass N. B. bevor er mit N. B. sich fleischlich vermischet, sein Eheweib wegen begangenen Ehebruchs angeklaget, und von ihr geschieden zu werden begehret, diese auch solches nicht abgeleugnet, nirgends verneinet worden, vielmehr, dass es sich in der That also verhalte*, ex Fol. 11. 21. b. *und sonst aus denen Ackten gnüglich erscheinet, mithin, da L. Ehebund* intellectu iuris *bereits getrennt gewesen, eben so wenig der B. Vergehung für einen Ehebruch zu achten; Im übrigen dieselbe ob sie schon des begangenen so fort geständig, ohne eignes Verschulden bereits seit halben Iahres Frist der Freyheit beraubt gewesen, so ist N. N. B. über das bereits erlittene, annoch vier Wochen lang mit Gefängniss, in welchem ihr — — zu bestrafen.*

Et quanquam furti crimen infamiam contrahit, et per se regulariter magis odiosum delictis carnis censetur, omnem profecto humanitatem exuat, oportet, qui defensionis caussas, quae mitigationem poenae in fure operentur, omnino reiiciendas esse propugnet. Inter has praesertim in primo furto, vbi spes emendationis est, apprehendendas esse duco citam, hoc est, antequam inquisitionem iudex instituerit, factam rei ablatae restitutionem, carceris diuturnitatem, quam ex negligentia iudicis vel caussae, vel requisiti, reus perpessus fuerit, errorem in subiecto, si quis forte rem alienam in patris custodia deprehensam, et pro patris propria habitam abstulisset, incertitudinem in corpore delicti, si de pretio rei furtiuae non omnino constet, collocandas esse censeo. Quanquam enim alia argumenta, verbi caussa egestas eius, qui, quum vellet, merendi occasionem non inuenit, etiam praeter furtum esculentorum, aliorum seductio, cui fur iuuenis concesserit, et quem facti poenituerit, obiecta furandi opportunitas, cum pudore et poenitentia facti

coniuncta, crassa praeceptorum religionis et iustitiae ignorantia, et quae sunt id genus alia complura, aequum rerum aestimatorem commouere debent, vt, quoniam primus poenarum finis est emendatio, humanitatis rationem habeat, et, missa ergastuli poena ex opinione hominum infamante, nec non propter malorum consortium captiuorum animos vitiante saepius, quam corrigente, in eius comminatione et carceris poena subsistat, haec tamen omnia rationis, humanitatis, aequitatisque, non iuris argumenta extra limites potestatis iudicantibus concessae posita sunt, ad solam Principis clementiam flectendam et miseris eiusmodi hominibus conciliandam idonea. Hoc unum, quoniam quotidiana experientia docemur, in ergastulis detentionem, ad homines quod attinet, post definiti temporis decursum, libertati restituendos, in reipublicae detrimentum saepius, quam commodum exire, plane persuasum habeo, iuris consultum religiosum, primo furto non adeo magno sibi oblato, iuris argumenta negligere non posse, ob quae in carceris poena, eademque cum comminatione ergastuli coniuncta, sibi subsistere posse videatur. Quodsi quidem verba in Resolutt. Gravv. de a. 1661. §. 49. obuia intuemur; *So ordnen und setzen wir hiermit befehlende, dass kein* Collegium iuridicum *Macht haben solle in denen Punkten, welche nicht mit deutlichen Worten in denen* Constitutionibus, *Landes - Gerichts - und Policeyordnungen* exprimir*et*, *sondern* per consequentias *und Folgereyen daraus gezogen werden wollen, vor sich und ohne unser Vorwissen wieder das andere* Collegium ex interpretatione *einige* Obseruanz *zu machen*, *sondern es sollen uns dergleichen* casus dubii *jedesmahl aus denen* Collegiis *mit denen* hinc inde *angezogenen* rationibus iuris *eingesendet*, *und mit Zuziehung der getreuen Landschaft dieselben* decidiret *werden*, haec igitur verba si perpendimus,

videri

omnis, videri possit in legibus patriis omnino facultas interpretandi et ratiocinandi nobis ademta esse. Sed nec fuisse hanc, nec esse potuisse mentem et voluntatem Serenissimi quondam Principis, sole meridiano clarius lucet, siquidem ex hoc supposito consequeretur, dubia apparente legis patriae applicatione, rem Principi nunciandam, decisionem vsque ad Comitia suspendendam, et interea temporis vel reum in custodia cum summo huius ipsiusve iudicis impendio asservandum alendumque, litemue saepius cum amissione iuris protrahendam esse; consequeretur, in Collegiis ac Dicasteriis ICtis opus esse non posse, si, negata quidem interpretandi venia ICti officium exit, et leguleio cedit; consequeretur, in tanta discordiarum ac interrogationum in republica multitudine, in tanta causarum complicatione, quaestionum quotidie Principi offerendarum finem non esse futurum. Itaque res ipsa docet, patriae illius legis hanc esse sententiam, cauendum esse ICtis ab opinionibus ex imaginario iustitiae sensu profectis, verba carpentibus, et iuri vel verae eius rationi et analogiae aduersantibus. Leges, quod res ipsa loquitur, et VLPIANUS in *l.* 8. *d. LL.* diserte profitetur, *non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*, ex quo consequitur, sub moderamine rationis eas factis obuenientibus attemperandas esse. Mihique adeo plane et omnino persuasum habeo, longe honorificentius de Principe sentire, longeque adeo integriorem verioremque reuerentiam ei exhibere ICtum, qui, in iudicandis caussis, de lege, ad rem praesentem pertinere visa, cum rationis dictamine et iuris analogia conciliianda laborat, prae iis, qui, harum omnium parum curiosi, verbis legum strictim inhaerentes leguleiorum potius, quam iurisconsultorum munere funguntur.

Quam ob rem non pudet, quasdam subiicere sententias, quibus in hoc etiam inuidioso crimine ob solidas

lidas iuris rationes nobis PAVLI consilium secutis contigit temperare iuris rigorem, et si forte votis successerit euentus, vnum atque alterum ciuem tanquam vtile membrum reipublicae restituere. Prodiit eiusmodi, ineunte hoc anno, ad Senatum Duibensem his verbis: *Dieweil J. R. Z. ohne eignes Verschulden bereits halbjähriges Gefängniss erlitten; Und in Ansehung der einen von selbiger begangenen Deuben ungewiss ist, ob sie nicht vielmehr ihren Grossältern etwas zu entwenden, als eine fremde Person zu bestehlen geglaubt; Auch das gestohlene bereits grösten Theils wieder erstattet, und die begangenen Verbrechen sofort eingestanden worden, so ist ernannte Z. nach vorgängiger scharffen Verwarnung, dass, wenn sie die ihr auferlegte Straaffe sich nicht zur Besserung leiten lassen, und mehrere Diebstähle begehen würde, sie mit unausbleiblicher Zuchthaus-Straffe werde beleget werden, über das bereits erlittene annoch mit achtwöchendlichen Gefängniss, worinnen ihr nach Vorschrift des Befehls vom 30sten April 1783. §. 14. der Müssiggang nicht zu erlauben, statt zeitiger Landesverweisung zu bestraaffen.* Nec non eodem tempore ad Senatum Gubensem: *Dass J. F. K. und C. F. K. wegen Verleitung zum Stehlen obernannter C. und des aus gestohlnen Sachen gezogenen Gewinns, deren dieselben ausser der letztern offenherzigen Geständnisse, und bey der Zusammenstellung* fol. 17. sq. *behaupteten Anschuldigung, durch die Zeugen Aussagen* fol. 4. *und* 13. sqq. *für gnugsam überführt zu achten, willkührlich sechs Wochen lang mit Gefängniss, worinne ihnen nach Vorschrift des Befehls v. 30sten April 1783. §. 14. der Müssiggang nicht zu gestatten, zu bestraaffen; Wieder D. L. aber in Betracht deren zeitigen Geständtnisses und erfolgten Ersatzes, über das bereits erlittene Gefängniss weiter nichts vorzunehmen.* Nec non mense Febr. ad senatum Stolpensem: *Dieweil ausser*

ser denen zur Verminderung der Straaffe bereits im vorigen Erkenntnisse fol. 47. *angezogenen starken Gründen, wonach das endwendete nach keinem höhern Betrage, als L. selbst angegeben, geachtet werden mag; Ingleichen, dass derselbe, sobald er den Eigenthümer erfahren, sofort, und vor angestellter gerichtlicher Untersuchung des begangenen geständig gewesen, und Ersatz geleistet, hierdurch aber, und in Verbindung mit seinem vorherigen unsträflichen Lebens-Wandel bes. Zeugnisses* fol. 41. *dass er die Absicht einer gewissen Person etwas zu entwenden nicht gehabt habe, gnüglichen Beweiss gegeben; Annoch vorzüglich und hauptsächlich auch dieses in Erwägung gezogen zu werden verdienet, dass, da L. nachdem die Gebäude, welche zu löschen, er nebst andern bemühet gewesen, bereits in der Asche gelegen, das im Schutte aufgefundene Geld, wovon er, wem es gehörig, nicht gewusst, an sich genommen, und aus keines Gewahrsam entwendet, dieses Ungebührniss für keinen wahren Diebstahl, sondern vielmehr für ein* furtum inuentionis *rechtlich geachtet werden muss; So hat ernannter L. wenn auch auf das demselben nach der Zeit zugestossene Unglück, wonach er ein Auge verlohren, und sonst an seiner Gesundheit geschwächt worden, kein Absehen zu richten, in seiner übergebenen Schutzschrift so viel, dass er mit der ihm zuerkannten einjährigen Zuchthauss-Straaffe zu verschonen, ausgeführet, es ist aber derselbe nichts destoweniger annoch willkührlich vier Wochen lang mit Gefängniss, oder, mit zu nehmender Rückficht auf dessen Gesundheits-Umstände, mit gleichzeitiger Hand-Arbeit zu bestraaffen.*

RE-

RESPONS. IV.

Regula, In dubio benigniora eſſe praeferenda, interdum fallit.

Hoc praeceptum ab iis, quibus in republica Romanorum de iure reſpondere conceſſum erat, ſapientis jurisprudentiae auctoribus, propoſitum potiori jure aetas hodierna ſibi vindicat. Quae videlicet artibus emollita de poenarum atrocitate, ab aſperitate majorum accepta, temperanda et ſeculi genio magis accommodanda paſſim laborauit, et adhuc laborat. Jura enim et obligationes, reales ſint, an perſonales, quibus ciues ciuibus obſtringuntur, quod attinet, quoniam omnes aequo jure vtuntur, nemine monente omnes intelligunt, in his aeſtimandis judicandisque, ſenſu benignitatis plane remoto, ſolam juſtitiam poſſe occupari. Nam quod alibi legimus, rei partes fauorabiliores quam actoris, et jura ad liberandum proniora, quam ad obligandum, eſſe; hoc vnum innuit, obligationes explicitas et indubias eſſe debere.

Vt vero criminoſi puniantur, pariter laeſi, pariterque reipublicae intereſt. Et quoniam injuria reſpectu laeſi immediata, reſpectu reipublicae vero mediata, et haec ex illa aeſtimanda eſt, conſequitur, ſalua juſtitia naturali, poenam delinquenti ſtatui non poſſe, quae nouam laeſo moleſtiam afferat. Vt pro perſonarum rerumque varietate, ne vxor et liberi fame preſſi ad mendicitatem redigantur, ſibique et ſimul reipublicae oneri ſint, ſaepe juſtius adulter virgis caedi, quam carcere vel ergaſtulo includi videatur. Si non omnino hujus delicti vindicta, quam laeſus non poſtulat, ſummo rerum moderatori, diui Apoſtoli ſuaſu ad Ebr. C. XIII. v. 4. relinquenda eſt.

Aeque

Aeque minus vero ab arbitrio laefi, mediate, vel immediate hoc fiat, salua justitia, pendere potest poenae modus, vt potius laesionis grauitas, indeque metuendum reipublicae periculum sapienti consilio a Principe vel judice aestimandum, et ex hac aestimatione poena definienda esse videatur. Quamobrem quum fieri possit, vt, eodem delicto a duobus commisso, propter ea, quae circumstant, ex altero graue, ex altero nullum reipublicae periculum immineat, vt potius, qui deliquerit vtile membrum, ejusque adeo amissio non leue damnum futurum sit, a lege generaliter lata, ipsius reipublicae causa abstinendum esse, et illud Vlpiani, leges generaliter, non in singulas personas constituuntur, huc inprimis pertinere putem. Hujusmodi exempla saepissime in furto magno a juvene prima vice commisso, eodemque restituto, obueniunt, vt in carcere aliquot septimanarum, et ergastuli in euentum repetitionis comminatione subsistere ipsa reipublicae ratio jubere videatur.

Scilicet consentiunt omnes, primum poenarum finem esse emendationem. Ecquis vero possit emendationem ab ejusmodi mansione expectare, quae, dum communi opinione infamat, honesti sensum deprimit, et a conuersatione cum honestis arcet. Possunt igitur in causis poenalibus exempla obuenire vereque obueniunt, in quibus mitiorem lege ciuili poenam aequitatis, praesertim in Christiano, et reipublicae studium, non dicam commendat, potius flagitat.

Neque tamen desunt in contrarium exempla, in quibus, si legi scriptae inhaerere velimus, justo mitiores simus. Ejusmodi nobis nuperrime occurrebat.

Nequam, commissis aliquot furtis leuioribus, puellam honestam sub dio vi compresserat, et in rapina alii mulieri in via publica inferenda occupatus, tandem deprehensus omnia haec flagitia confessus, duabus sen-

tentiis ob ſtuprum violentum, miſſis reliquis facinoribus, gladii poena affectus, ob nouam ex clementiſſimo Principis reſcripto defenſionem nobis tradebatur puniendus.

In art. CXIX. C. C. C. haec legimus, *ſoll auf Beklagung der Benöthigten in Ausführung der Miſſethat einem Räuber gleich mit dem Schwehrdte vom Leben zum Tode gerichtet werden*, et Conſt. XXX. Part. IV. poenam gladii jure communi ejusmodi raptori ſcriptam confirmat, adeoque ſuppoſitam conditionem illam, *der Beklagung der Benöthigten* ſimul approbaſſe exiſtimanda eſt. In re praeſente vero vim paſſa neque injuriam ſibi factam judici nunciauerat, neque interrogata, ob eam fuerat conqueſta, in nuda potius facti narratione ſubſtiterat. Hanc ob rem, quoniam lege ſcripta duriori eſſe non licet, capitalem poenam non eſſe confirmandam conſentientes, quae in ejus locum ſurroganda ſit, dubitabamus.

Et quanquam veteri jure fuſtigatio cum perpetua relegatione proxima a capitali poena erat, eamque hodienum jure communi excipit, cujus locum apud nos ergaſtulum quatuor annorum occupat, exiſtimauimus tamen, quoniam furibus pro modo pretii ablati et non reſtituti ergaſtuli poenam decennium duraturam leges noſtrae imponunt, longe atrocius crimen, cum tanta publicae ſecuritatis violatione ab homine ad omne nefas tam procliui commiſſum breuiori tempore expiari, ſalua juſtitia, non poſſe.

Adeoque ſententiam ſequentem in modum tulimus: *Daſs in der letzlich übergebenen Schutzſchrift zwar ſo viel, daſs es der* fol. 142. *erkannten anderweiten eydlichen Beſtärkung* C. T. *nicht bedürfe, und* C. A. *mit der ihm zuerkannten Strafe des Schwerds zu verſchonen*

ſey,

ſey, *ausgeführet worden: Es iſt aber derſelbe*, *ſeiner begangenen und eingeſtandenen Verbrechen halber*, *nach vorgängiger ein - bis zweyſtündiger Ausſtellung an das Halseiſen*, *mit zehnjähriger Zuchthauſsarbeit zubeſtrafen*, *und*, *daſs er nach Ablauf ſolcher Zeit zu leidlicher Arbeit daſelbſt auf Lebenszeit enthalten werde*, *der höchſten Entſchlieſsung anheim zu ſtellen. Im übrigen ſind die fernerweit verurſachten*, *und zu Vollſtreckung der auferlegten Strafe erforderlichen Koſten aus deſſen Vermögen einzubringen. V. R W.* ex ratt. *Obwohl dem* Defenſori *nicht beyzupflichten*, *wenn er in dem allhier in Unterſuchung befangenen Verbrechen die Gewiſsheit des* corporis delicti *zu bezweifeln*, *und in dieſer Hinſicht zu behaupten ſuchet*, *daſs weder der Thäter bey der Nothzucht*, *noch die* vim paſſa *von der* immiſſione ſeminis *völlige Ueberzeugung haben*, *mithin man*, *ob das Verbrechen in der That vollbracht worden ſey*, *nicht wiſſen*, *eben deswegen aber auch*, *da*, *bey Beſtimmung der Strafe in zweifelhaften Fällen auf der gelindern Meynung zu beſtehen ſey*, *die Todesſtrafe nicht ſtatt finden könne; Daſs vielmehr*, *da menſchliche Einſichten dahin nicht reichen*, *von eines andern Empfindungen beſtimmt urtheilen zu können*, *dieſe Meynung ſo wenig* in abſtracto, *als beſonders in dem gegenwärtigen Falle ſtatt finden mag*, *angeſehen dieſen Umſtand die zur Unzucht genöthigte Perſon beſage* fol. 16*b. ſo unbedenklich angezeiget*, *als Inquiſit ihn in der Beantwortung des 63ſten Inquiſitional - Artickels* fol. 105. *eingeſtanden*, *mithin nicht abzuſehen*, *weshalb ihn der Richter ſollte bezweifeln können; Eben ſo wenig auch die in neueren Geſetzen geminderte Strafe des Ehebruchs die Folgerung geſtattet*, *daſs die Nothzucht nicht mit dem Leben zu verbüſsen ſeyn könne*, *da bey letztgedachtem Verbrechen auſser der Unzucht zugleich Gewalt und Raub*, *mithin die gewaltſamſte Stöhrung gemeiner Sicherheit*

 ver-

verschuldet wird; Endlich unter Voraussetzung, dass die in vorigen Rechtssprüchen erkannte Strafe des Schwerds die Strenge der Gesetze übersteige, dafür gehalten werden dürfte, dass zu Bestimmung der anjetzo Inquisiten auferlegten Strafe es an einem zureichenden Rechtsgrunde ermangle: Dennoch aber und dieweil die 30ste Constitution P. IV. *die in gemeinen und Sächsischen Rechten auf die Nothzucht gesetzte Strafe des Schwerds bestätiget, hierzu aber die peinliche Halsgerichts-Ordnung* art. CXIX. *die vorgängige Beklagung der Benöthigten erfordert, worauf, da diese die durch das Verbrechen unmittelbar gekränkte Person ist, zu bestehen, die Natur der Sache erfordert, dieser Meynung auch bewährte Rechtslehrer beypflichten, s.* Carpzou. Criminal. Qu. LXXV. in fin. Ioan. Paul Kress ad Constitt. Criminal. art. 119. §. 6. not. 2. *Allhier aber die* T. *wie* ex fol. 14. *und* 15 seqq. *zu ersehen, die erlittene Nothzucht nicht nur nicht angezeiget, sondern auch, nachdem sie darüber auf vorgängige Anzeige* V. S. B. *befraget worden, die erlittene Schmach zwar umständlich erzählet, jedoch dabey auf Bestrafung des Thäters nicht angetragen, und hierdurch, dass sie das ihr angethane Ungemach ihm verziehen habe, stillschweigend gnüglich zu erkennen gegeben; Welches denn in Verbindung mit der* l. 168. D. de Reg. Iur. *für einen hinlänglichen Rechtsgrund, von der Todesstrafe abzuweichen, allerdings zu achten ist; Eben deswegen aber auch, da Inquisit* ad Art. inquis. 18. seq. 104. 32. sqq. *und* 66. seq. fol. 101b. seqq. *theils einen Diebstahl wirklich begangen, theils einen andern und mehrere Räubereyen beabsichtiget, und solche, wenn er nicht durch Dazwischenkunft anderer Personen abgeschreckt worden wäre; wirklich begangen haben würde, das gemeine Beste es erfordert, eine so gefährliche und zu so gewaltsamen Stöhrungen öffentlicher Sicherheit aufgelegte Person so*

viel

viel möglich nicht nur zu jedermanns Kenntniſs zu bringen, ſondern auch das gemeine Weſen gegen deſſen fernere Angriffe zu ſichern; Wobey man denn die Gerechtigkeit des Landesherrn und Geſetzgebers bezweifeln müſte, wenn man die auf das mindere Verbrechen eines beträchtlichen Diebſtahls in gewiſſer Maaſe geſetzte zehnjährige Zuchthauſsſtrafe von einem in mehreren Rückſichten weit ärgern Uebelthäter, welcher nur wegen eines ihm günſtigen Nebenumſtandes der Lebensſtrafe entgehen kann, nicht für verwirkt, und ihn der öffentlichen Sicherheit halber zu Lebenslänglicher Enthaltung nicht für Empfehlungswerth halten wollte; So iſt etc.

RESPONS. V.

Quibus limitibus retorſio Conſtit. fin. Part. III. conceſſa contineatur.

Ius gentium ſatis dilucide innuit, ipſaque Conſtitutio in rubro, pluribusque in nigro locis diſerte confirmat, non omnium jurium ciuilium admittendam eſſe retorſionem. Quod, qui omnino affirmare auſit, oportet, vt, quam ſuae ciuitati tribuit, alii neget legislatoriam, adeoque propria ſibi jura conſtituendi, poteſtatem. Hoc minime ferendum eſſe, agnoſcunt omnes. Ob eamque rem Sereniſſimus Saxoniae Electoralis Llator initialibus noſtrae Conſtitutionis verbis jus retorſionis vel talionis non ſimpliciter et abſolute admittit, tantum, quatenus promouendae in cauſſis ciuilibus aequalitati inſeruit, aequitati et reipublicae conſentaneum agnoſcit, illudque diſerte in rubro et in §. 2. quoad gabellam detractionis negationemque geradicae et heergewetticae ſucceſſionis probat. Modo ciuitas, §. 3. quae retorſione vti velit, ex juris ejusmodi exercitio, ipſa detrimentum fuerit perpeſſa.

His omnibus curate perpenſis et invicem commiſſis quis facile dubitauerit, Conſtitutionem noſtram vel ad exempla propoſita arcendam, vel certe reſtringendam potius, quam ampliandam eſſe.

Quibus ita comparatis, ad litem progredior, quae profitendis his meditationibus dedit occaſionem. Disceptatum fuerat ſuper haereditate Neoſtadio ad Orlam defuncti inter neptes ex fratre, alteram germano alteramque conſanguineo. Haec videlicet inter Luſatos, qui Saxonum jure regi patiuntur, illa Hildburghuſae, quae, jus ciuile Romanam ſequitur, commorabatur. Id vero ejusmodi cognatos vtroque jure diſcriminis inter-

ntercedit, vt Romano, quoniam repraeſentationis beneficium *Nou.* 118. *cap.* 3. ſolis filiis germanorum largitur, nepotibus negat, nepotes ex germano, conſanguineo, an vterino fratre deſcendant, quotquot ſint, omnes pro numero capitum admittantur, Saxonico contra jure, qui ex germano deſcendunt, conſanguinei ac vterini nepotes excludant. Siquidem, quod alio reſponſo evicturus ſum, priuilegium, quod duplici vinculo Saxones tribuunt, perdurat, non, prout repraeſentationis beneficium, in fratris filio exit.

Quum igitur oblata haereditas defuncti, id eſt, Saxonico jure aeſtimanda eſſet, Hildburghuſana, quippe germana, ſibi eam ſoli vindicauerat, Luſata contra, ejus petitionem vltra ſui juris patrocinium extenſam, interpoſita ſimul ad noſtram Conſtitutionem prouocatione, injuſtam eſſe contenderat, tandemque, contra duas ſententias Hildburghuſanae precibus omnino conformes, victoriam reportauerat.

Quod, quum Sereniſſimo Electori a mente Legislatoris alienum videretur, hanc nobis quaeſtionem propoſuit: *In wie ferne das in der* 38 *Conſt. Part. III. nachgelaſſene Retorſions - Recht auch auf dergleichen Fälle, wo eine bloſse Verſchiedenheit auswärtiger Rechte eintrete, von denen nicht zu behaupten ſey, daſs ſie den dieſſeitigen Unterthanen ſchlechterdings beſchwerlich ſeyn müſſe, daſs vielmehr die ſcheinbare Ungleicheit nach Beſchaffenheit der Umſtände und Unterſchied der Fälle ſich von ſelbſt aufheben könne, füglich anzuwenden; Auch, wie überhaupt die Ausübung gedachten Retorſions-Rechts, um nicht zu nachtheiligen Weiterungen und Gegenretorſionen Anlaſs zu geben, einzuſchränken ſeyn möchte?*

Fortaſſis verba in §. 2. *Conſtit.* obuia *von dannen man die Erbſchaft etc. gar nicht oder allein eines Theils*

 folgen

folgen läſſet, in eam induxerant opinionem, vt lex putaretur in re praeſente retorſionem diſerte tueri. Quoniam, ſi ponimus, haereditatem in territorio, quod jure communi regitur, oblatam, neptis germani fratris in Saxonia commorans non integram, ſed cum nepte ex conſanguineo vterinoue communem habitura erat haereditatem.

Verum conjunctio §phi 2. cum inſequente, et rubro legis, facile conuincit, conditores legis ſolam illam detractionem ante oculos habuiſſe, quam magiſtratus paſſim in haereditatibus, quae vel territorii, vel jurisdictionis reſpectu peregrinis deferentur, ſibi indulgere ſolent, jurium contra provincialium circa legitimam ſucceſſionem diuerſitatem haudquaquam cogitaſſe. Accedit, ſi, prout in re praeſente, jus Saxonicum ſuum ciuem plane excludit, jus commune vero pro parte admittit, retorſionem omnino non poſſe cogitari, vt potius in tali cauſa imitatio peregrini juris veram ejus attractionem, ſeu attorſionem involuat, notiſſimo illi praecepto, quod haereditatem ex jure defuncti, vel rei ſitae, metiri et judicare jubet, e diametro adverſam.

His igitur, et, quas praemiſi, rationibus conuicti, Indulgentiſſimo Principi noſtro ſic reſpondere non dubitauimus: *Sowohl die Ueberſchrift der* 38. *Conſt. Part. III. als deren 1ſter und 3ter Abſchnitt geben zu erkennen, daſs der Durchlauchtigſte Geſetzgeber die Retorſion an ſich, und in der Regel für unſtatthaft, auch nur in ſoweit für billig und zuläſsig geachtet habe, als damit ein unbilliges Recht erwiedert, und eben dadurch unter wechſelſeitigen Staatsbürgern und Gerichtsuntergebenen Gleichheit befördert würde. Es iſt daher wohl kein Zweifel, daſs bey dieſer Conſt. die Abſicht*

nur

nur geweſen ſey, das in der Natur des Menſchen liegende ſowohl in der heiligen Schrift, Matth. VII. v. 12 und Luc. VI. v. 31. als in den Pandekten Tit. quos quisque jur. etc. beſtätigte Geſetz, wobey, wie beſonders alle einzelne Stellen des letztern beweiſen, eine von der Gegenſeite vorausgegangene Unbilligkeit anzunehmen iſt, zu befeſtigen, nicht aber ein neues Geſetz zu geben. Wie nun der Beſtätigung der Erbfolge der Collateralverwandten nach Römiſchen Rechten mittelſt des Receſſus Imperii Wormatienſis v. J. 1521. §. 17. ſo wenig, als der dagegen Seiten Sachſens eingelegten Proteſtation, und der Behauptung des uralten Sächſiſchen Rechts durch die 18. Conſt. Part. III. einige Unbilligkeit entgegengeſetzet werden mag, ſo war, da nach der bekannten Regel, mobilia inhaerent oſſibus perſonae, der Mobiliarnachlaſs nach denen Rechten des Orts, wo der Erblaſſer wohnhaft geweſen, beurtheilet werden muſs, in dem vorgeweſenen Falle die Verlaſſenſchaft auf die als leiblich Geſchwiſter Kindes Kind mit dem Verſtorbenen verwandte Perſon um ſo mehr nach unſerm Ermeſſen für vererbt zu achten, je gewiſſer man nach nur angezogenem Grundſatze anzunehmen hatte, daſs, wenn der Erbfall in Hildburghauſen ſich ereignet hätte, der als Stiefgeſchwiſter Kindes Kind verwandten Perſon die Hälfte des Nachlaſſes zugeſtanden worden ſeyn würde. Auch könnte auſserdem mehrerwähntes Entſcheidungs-Prinzip, welches gleichwohl in Erbfällen allgemein anerkannt wird, nur, wenn beyde Partheyen einerley Hoheit unterworfen wären ſtatt finden, und wird gleichwohl durch das von der Gerade und dem Heergeräthe abgeleitete Beyſpiel als allgemein beſtätiget.

Für ein zur alleinigen Grundlage der Retorſion dienliches unbilliges Recht kann nach unſerm Ermeſſen nur ein von gemeinen Rechten abweichendes, die natür-

liche Eigenthumsfreyheit beſchränkendes jus ſingulare, z. *B* jus albinagii, cenſus emigrationis, gabella detractionis *gehalten werden, aus deren Erwiederung allein für Unterthanen Vortheil zu erwarten iſt. Dagegen, wenn in Abweichungsfällen mehrerer Territorial-Geſetze der Vortheil eigner Unterthanen die Entſcheidung beſtimmen ſollte, dieſes nicht Retorſion, ſondern Veranlaſſung zu gerechter Retorſion ſeyn würde.*

RE-

RESPONS. VI.

Quidam in conſortio quodam conſtituti, etſi tres vel plures ſint, et inter hos metalli fodinarum conditores et conſortes vniuerſitatem non conſtituunt.

Deſidero in iuris compendiis et ſyntagmatibus idoneam perſonarum vniuerſitatis definitionem. Quae quibus verbis recte circumſcribenda ſit, vix conſtare videtur. Quod ſi enim tres, quos certe requiri *l. 85. d. V. S.* docemur, pluresue certam inter ſe relationem habeant, certisque commodis communibus gaudeant, oneribus contra iisdem premantur, nondum conficitur, iſtos plures vniuerſitatem conſtituere. Ecquis enim tres pluresue ſocios, vel ſex illos, qui Tullii teſtamento, quo ſinguli haeredes ſcripti appareant, vel ex alia cauſa in quorundam bonorum communionem inciderint, vniuerſitatem conſtituere dixerit. Id quidem ex *l. 1. D. quod cuiusque vniuerſ.* etc. intelligimus, nullam perſonarum coalitionem iuribus illis ſingularibus potiri, quae vniuerſitatibus in iure noſtro tribuuntur, vt res in perpetuum communes, aerarium commune habere, et per ſindicum agere valeant, niſi a Principe confirmata ſit. Putauerim tamen in hac re vſum et loquendi morem non omnino negligi poſſe. Nouimus in ciuitate hominum conſortia, qui certi cuiusdam finis, cogniti aliis, an ignoti obtinendi cauſa coiere, vt exemplis quibusdam vtar, *Handwerks - Innungen*, *Leichen - Societäten*, *Freymaurer - Logen etc.* quae a Principe probata ſint, an minus, vix quisque a ſe impetrauerit, vniuerſitatem non appellare. Quam ob rem mihi videor vniuerſitatem recte definire per trium vel plurium perſonarum coalitionem, certi cuiusdam finis obtinendi cauſa factam, eamque ſingulari appella-

 tione

tione insignitam. Dein vero distinguere, inter consortium priuato ausu conflatum, et a Principe, tanquam vniuersitatem confirmatum. Huic soli singularia illa vniuersitatis iura tribuenda esse, illi minus, vt potius iure singulorum vtatur, ac solum, si nihil reipublicae perniciosi moliatur, et a Principe non improbetur, tolerandum sit.

Secundum haec vniuersitatem eos appellare, qui consentiente Principe metallifodinam instituunt, prouenientesque ex ea fructus percipiunt, *die Gewerkschaften*, eo minus dubitaueris, quo magis huiusmodi consortibus *d. l. 1. quod cuiusque* etc. vniuersitatis iura diserte applicantur. Nostro tamen iure contrarium verius affirmari ex *Mand. d. d. 26 Aug. 1713. Ordinat. Proc. Recogn.* sub no. XI. adiecto eiusque §. 2. intelligimus. Idque collegium nostrum responso mens. Iul. huius anni agnouit verbis; *Ueberdem, was von Gewerken Rechtens, und aus dem der Erl. Pr. Ordn.* sub No. XI. *angefügten Befehle vom 26. Aug. 1713. §. 2. ersichtlich ist, dass die Gewerkschaft nicht al* Vniuersitas *anzusehen, mithin der Wiedereinsetzung in vorigen Standt nicht für theilhaftig zu achten, auf die Berg-Knappschaft nicht anzuwenden, und der letztern diese Rechtswohlthat keinesweges zu verweigern.*

RE-

RESPONS. VII.

Documentum inueſtiturae iudicialis a cautione pro expenſis liberat.

Apparuit, in foro dubitari, qui inueſtiturae iudicialis documento ſe dominum fundi alicuius approbauerit, a cautione ob impenſas in proceſſu iudiciali praeſtanda immunis exiſtimandus ſit, an minus. Qui negant, hoc argumento vtuntur: Diſtinguendum eſſe dominium inter et poſſeſſionem. Principem in lege iudiciaria Tit. XIII. §. I. verb. *geſeſſen*, eademque repetitae praelectionis §. vn. verbis *angeſeſſen und* pro poſſeſſionatis etc. immunitatem ab hac legis obligatione propter poſſeſſionem, non propter dominium fundorum, tribuere. Ob fructuum perceptionem, ex quibus impenſae ferri poſſent, quae ex poſſeſſione potius, quam ex dominio conſequitur. Hoc luculentius clarere ex reliquis exemtionum cauſis d. §. vn. *welche Krahmläden, oder Apotheken beſitzen, ingleichen die* Vſufructuarii, *und die* Officiales, *ſo in wirklicher Beſoldung ſtehen*, expreſſis.

Hoc equidem ratiocinium, hanc diſtinguendi rationem plane improbo. Quam ſi admittere velimus, neglecto inter poſſeſſionem veram et nudam detentionem diſcrimine, conſequeretur, colonum, quippe fructuum perceptorem, ab hoc onere magis immunem dicendum eſſe, quam fundi dominum, quod vere abſurdum quis facile ſomniatus fuerit. Legislator potius hanc immunitatem actori ex praeſumtione largitur, qua credendum eſt, fore, vt expenſas, reo abſolutoria ſententia reddere iuſſus, ſoluere poſſit. Hoc exemtionum cauſae, quas modo adduxi, et immunitas vniuerſitatum, habeant praedia, an non, abunde confir-

confirmant. Et quoniam plus eſt in dominio quam poſſeſſione, contra rationem eſſet, praeſumtionis illius efficaciam huic tribuere, illi denegare.

Accedit loquendi vſus, qui omnem dubitandi ſpeciem excludit. Si neminem quidem praeterire poteſt, verba *geſeſſen*, *beſeſſen*, ac inprimis *begüthert*, quae in d. *Tit.* §. 1. et 2. promiſcue obueniunt, longe verius de dominis, quam poſſeſſoribus intelligi, illisque frequentius et commodius, quam his, tribui. Miſſam facio fori conſtantiam in tribuenda hac immunitate admodum propitiam, eandemque actori, modo minimi pretii tugurium habeat, largientem.

Quam ob rem his ipſis diebus hanc exceptionem in lite coram Praefecto Grünhayn. diſceptata ob demonſtratae poſſeſſionis defectum actori oppoſitam inanem abiecimus, his verbis; *Daſs Bekltens auf Beſtellung des Vorſtands derer Unkoſten halber gerichtetes Suchen, da er, daſs Kl. das ſtreitige Guth in Lehn und Würden habe, zugeſtanden, nicht ſtatt hat; Und weil u. ſ. w.*

RE-

RESPONS. VIII.

Quod alias huius immunitatis causas lege non expressas exhibet.

Nihil facile frequentius in foro obuenit, quam exceptio, ob non praestitam cautionem impensarum causa, in litibus vel ob res vilioris pretii, minutas appellari in Saxonia consuetas, vel ob alimenta institutis, actori nunquam fere non inutiliter opposita.

Per se patet, me non illa huiusmodi controuersiarum exempla in mente habere, in quibus actor ius pauperibus concessum sibi tribui postulat. Hoc enim ab hoc onere per se liberat. Frequentissimae petitiones alimentorum prodeunt in actionibus agnoscendi alendique partus causa a matre, vel tutore motis. Quae negotia quoniam, si opibus abundantes intercedunt, ingredi iudicia non solent, quae proferuntur, miserabiles, quibus propterea iuris fauor auxiliatur, personas concernunt. Accedit, quoniam amplexus amantium remotis testibus fieri solent, vix unquam contingere, vt non actor in probationem suae assertionis iurisiurandi delatione vtatur, quae, quod scimus omnes, tacitam oblationem, pro auertenda calumnia iurandi, supponit.

Reus igitur aut negat libelli narrationem, quo fit occasio, litis per iusiurandum rei, praeuio actricis iuramento calumniae, vel actricis relatum finiendae. Cuiusmodi sententia dum obligationem circa litis impensas simul definit, cautionem propterea praestandam superuacaneam facit. Aut reus, congressus cum pluribus exceptione vestitus, affirmat, quo ipso decreto intermistico, ac dispositioni circa impensas necessarias

in

in *fin.* §*hi* 12. *Tit. I. Ordinat. Recogn.* obuiae locum facit.

In caufis vero minutis fimul cum obligatione praeftandarum vel reftituendarum impenfarum vno termino finiendis quis non cautionem earum nomine otiofam effe intellexerit. Vt, quanquam regulariter in proceffu ordinario praefcripta ad fummarium, in quibus rebus mutatio lege facta non apparet, aeque pertineant, in re praefenti ipfa rei natura exceptionem requirere videatur.

Certe noftrum collegium in vtroque caufarum genere, fub quo tamen alimenta vel conuentione promiffa, vel per teftamentum relicta, aliamue ob caufam praeter paternitatem debita comprehendi nolim, pofthabita cautione, rem ipfam citiffime definire ftudet, et hanc pronunciandi rationem continuo vfu feruat.

RESPONS. IX.

Ad §. 2. Tit. 20. Ordinat. Proc. Sax.

Neminem praeterit, probationem per testes in processu iudiciario ordinario ac summario aliter aliterque instituendam esse. Vt in summario quidem liceat positionibus, testium, quos alius iudex, modo non chartularius, iurisiurandi religioni obstrinxerit, ac interrogauerit, responsionibus munitas, quas vnilaterales rotulos vocant, causae suae statim ab initio iudicialis litigii subuenire, et eiusmodi demonstratione suae assertionis fidem iudici facere, contra in processu ordinario, qui eiusmodi probatione fuerit vsus, nihil egisse existimandus sit, vt potius, modo probationem ad perpetuam rei memoriam, in qua tamen ipsa alio modo procedendum est, excipias, intra fatale demum iudicato constitutum, probatio conceptis articulis ineunda, ac testes a iudice causae, praeuia productione, praeuiaque aduersario venia, simul interrogatoria iisdem propronenda exhibendi, facta audiendi sint.

Puderet rem, quae ex compendiis iudiciarii processus ne tirones quidem fugere potest, afferre, si non ex actis iudicialibus apparuisset, causarum patronos saepius eiusmodi demonstrationes afferre, quibus litium sumtus augent, clientum causae vero non inseruiunt. Vt vel meminerim causae, in qua aduocatus, non expectata sententia, tam prolixam testium examinibus demonstrationem congesserat, vt simul impensarum LX thaleros superantium consignationem exhibuerit. Qua lite a nobis perspecta, ius agendi plane nullum esse cognoscebatur. Ob eamque rem, quoniam artis consilium in iure obligatorium est, non solum

actoris aduocato nihil deberi, verum etiam totius litis impenſas ab eo ferendas eſſe ſimul decreuimus.

Fieri tamen poteſt, vt probatio eiusmodi, quam norma iudiciarii proceſſus improbat, vel vere proficiat, vel certe effectu non omnino deſtituatur. Nimirum, ſi actor concitandae litis cauſa aduerſario iusiurandum defert, hic factum negat, actor contra religioſa teſtium aſſeueratione eius fidem iudici facere ſtudet. Quanquam enim, qui iusiurandum alteri defert, transactionem cum aduerſario iuris intellectu init, vt vel ſoluat, vel factum in libello propoſitum iurato inficietur, ob eamque rem iudici, praeſertim ſi cauſa ordinaria ſubeſt, non licet, iurandi veniam reo plane denegare, tamen, quia hoc etiam iudici incumbit, vt, quatenus poſſit, peierandi libidinem coerceat, oblatis eiusmodi exemplis, praeſertim ſi leuitas teſtium non apparet, ſolet per ſententiam conſtitui, vt reus, antequam iuret, a iudice, adſcitoque in auxilium clerico, de vitando periurio admoneatur. Dein non rara eſt indoles hominum, qui periurium quum non fugiant, periuri ab aliis haberi nolunt. Quos, ſi non deeſſe ſuae obligationis conſcios intellexerint, non temere ſperes, actoris petitioni conceſſuros eſſe.

Sed, vnde digreſſi ſumus, redeamus. Ad interrogatoria videlicet teſtibus in proceſſu ordinario offerenda. Quam licentiam Llator duplici ratione permotus dedit, altera, vt ſit occaſio teſtium conditionem expiſcandi, eosque, quos omni exceptione maiores iudicaueris, tales exhibendi, qui vel non, vel non omnnino fide digni appareunt. Altera, vt, ſi res articulis probatorialibus, forſitan occultandae veritatis cauſa, non ſatis explicita videatur, vberius explicari, captuique teſtium aptius proponi poſſit. Directa ad illum finem obtinendum, generalia, ad hunc aſſequendum,

dum, ſpecialia appellari, ſcimus omnes. Illis, quam ante oculos habemus, §. 2. Tit. XX. legis iudiciariae immiſcere non ſinit eius generis, quae *praeliminaria ad cauſam* appellat. Videlicet, quae thema probandi ipſum concernunt. Quum enim, quod vidimus, haec interrogatoria ideo concedantur, vt ſit occaſio et copia, teſtium qualitatem penitius introſpiciendi et cognoſcendi, alia ſubſtitui, et quadrata rotundis immiſceri, ſeruandi ordinis ergo, et ne quid facile iudicem in cognoſcenda iudicandaque cauſa praetereat, Llator noluiſſe exiſtimandus eſt.

Verum non aeque manifeſtum eſt, quem in formandis generalibus interrogatoriis modum praeſcriptum conſpicimus, an quoque ad ſpecialia pertineat. Quae quoniam non ad probandi medium, ſed ad rem ipſam pertinent, eodem iure cenſeri non patiuntur. Eſtque haec, vti viſum fuit, aduocatorum communis opinio, vt exiſtiment, fieri poſſe, vt reprobatio interrogatoriis efficiatur. Quod quanquam verum eſt, ipſaque rerum argumenta comprobant, teſtium aſſertiones probationem ſuscipienti ſaepe magis obeſſe, quam prodeſſe, hoc ipſo tamen haud efficitur, omnino liberum, informandis interrogatoriis ſpecialibus, litigantium arbitrium eſſe debere. Quod ſane non eſſe §. *fin. eiusd. Tit. Ordinat. Recogn.* docemur. Quam ob rem, et quoniam Principis intereſſe debet, vt legis obligationem ciues non ſubterfugiant, quod in re praeſenti, modo ſolam defendendae conſcientiae cauſa ſusceptam probationem eximas, per ſe conſtat, futurum eſſe, ſi praeliminaria ad cauſam, tanquam generalia interrogatoria prohibita, inter ſpecialia ferre velimus, eiusmodi interrogatoria omnino non admittenda eſſe, vt potius ordinem ab adverſario in articulis ſeruatum ſequi oporteat, eiusmodi controuerſia haud ita peridem ad nos delata, exiſtimauimus, his verbis:

 Dic-

Dieweil hiernächst die Pr. Ordn. Tit. 20. §. 2. *unter denen* generellen *Fragstücken* praeliminaria ad caussam directa *nicht gestattet*, *und die hierbey zum Grunde liegende Absicht*, *dass Ordnung gehalten*, *und der Gegenbeweiss nicht* anticipiret *werde*, *vereitelt werden würde*, *wenn nachgelassen bliebe*, *bey Abfassung derer besonderen Fragstücke Sätze einzumischen*, *welche mit dem Innhalte derer Artikel gantz in keiner Verbindung stehen*, *so sind zwar des von Kln. beschehnen Einwendens ohngeachtet die angegebenen Zeugen über das 1ste mit dem 5ten und über sämmtliche mit dem 20sten Beweiss-Artickel verbundenen Fragstücke abzuhören*, *dagegen Beklagtens auf deren Abhörung über das 2. 3. 4 5 6. 7. 8. und 9te dem 5ten Art. entgegengesetzte* Fol. 16. sq. Vol. II. *befindliche Fragstücke gerichtetes Suchen nicht statt hat.* *V. R. W.*

RE-

RESPONS. X.

Exceptiones a regula; documentorum originalia esse producenda.

Documentorum, quae probans possidet, quorumque adeo copias articulis addidit, in termino productionis originalia producenda esse, ignorat nemo. Ita quidem, monente Llatore in §. *1. Tit. XXV. Ordinat. Recogn.* vt in secunda certe positione disputationis inter partes super probandi mediis institutae productio fiat. Scilicet appellatio termini in iure non illo die absoluitur, quem iudex constituit, vt litigantes, eorumue procuratores in iudicio compareant, et, quae praestanda sint, praestent, vt potius simul illud tempus complectatur, quod partium super negotiis iudicialibus peragendae disputationi destinatum et a iudice definitum est. Quam ob rem dictae constitutionis haec est sententia, probanti incumbere, vt in secundo suae disputationis membro, quod replica vocatur, a se factam originalis productionem profiteatur, illudque simul iudici tradat, quo fiat aduersario copia, eius inspiciendi, ac secum deliberandi, recognoscere malit, an diffiteri, diffessionemque iureiurando confirmare.

Quod quanquam arbitrium aduersario in solis documentis priuatim conceptis concessum est, in publicis contra et praesertim iudiciali auctoritate munitis cessat: Quorum videlicet recognitionem, modo falsi indicia desint, antiqua lex imperat, noua insuper habet, vsumque documenti, recognitum sit an minus, probanti tribuit: Haec tamen documentorum diuersitas probantis obligationem circa productionem constitutam, eandemque supra expositam, non mutat. Cui hoc vnum addere debeo, si mos in curia receptus,

cuiusmodi in superioribus iudiciis passim occurrit, vltra duas vtriusque positiones non ferat, probantis esse, vt in priore positione, quam tamen primo termini die absoluere non oportet, originalis productionem declaret, vereque factam mediante registratura actuarii confirmet.

Illam igitur necessitatem probanti impositam, vt originalia documentorum, quorum copias articulis probatorialibus iunxerit, intra terminum productionis causa praefixum exhibeat, quaeritur, an certas ob caussas lex, vel consuetudo eximat. Prorogationem non puto. Hanc enim, modo iusta causa appareat, (forte si procurator documentum a mandante petropolitano nondum acceperit, vel hereditas mandantis, lite pendente mortui, iudiciali sigillo contineatur,) petenti iudex denegare non valet. Ob eamque rem nouus terminus probantis sumtibus indicendus est. Immunitatem vero a productione originalis in termino huius rei causa statuto, priuata pariter et publica documenta quod attinet, quemadmodum ex *Ordinat. Iudic. Recogn.* Tit. XXIV. §. 1. cognoscimus, hoc vnum operatur, si eiusdem documenti in eodem iudicio iam prius productio et recognitio facta fuit. Haud raro contingit, vt actores libello copiam documenti adiiciant, et praeter eius recognitionem simul responsionem ab aduersario postulent, vtque rei originale documentum sibi in termino propositum agnoscant, litemque praeterea contestentur, lata dein a iudice sententia actori probatio imponatur. Frequentius obuenit, vt, quo actor in probatione documento vsus fuit, eodem reus in reprobatione vtatur. Si igitur ex alterutro horum euenit, vt instrumentum pars actorum adeoque in hoc iudicio vtriusque litigantis commune factum fuerit, remissio ad folium actorum, quo continetur, idem,

idem, quod alias inductio et productio documenti operatur.

Non aeque omnibus cognitae ac perſpectae ſunt aliae exceptiones, quas circa iudicialium inſtrumentorum productionem aequitas et rei natura induxit, vſusque confirmauit. In Collegiis Principis ſanctioribus et Cancellariis, quae iurisdictionem Principis nomine adminiſtrant, mos obtinet, vt inſtrumenta intra eorum ſcrinia aſſeruata cum nemine communicentur, et ne copiae quidem eorum, niſi neceſſitas, indubitatumque partium intereſſe id poſtulet, exhibeantur. Quam ob rem, quia nullius ad impoſſibilia eſt obligatio, et propter fidei plenitudinem eius, qui inſtrumentorum concordantiam teſtatus eſt, vſu inualuit, vt eiusmodi copiae originalibus aequiparentur, eorumque vſus producenti reſeruetur. Quod, etſi praeiudicium, quo confirmetur, non ſtatim ad manus eſt, qui in dubium vocare vellet, prudentum omnium riſum moveret.

Deinde negotia, quibus perficiendis iudicialis auctoritas et confirmatio accedere debet, exempli cauſa tutorum conſtitutiones, fundorum alienationes, et oppignorationes in iudiciis peraguntur, ob eamque rem inſtrumenta ſuper iis confecta a iudice pariter iis, quorum intereſt, exhibentur, pariterque ſempiternae memoriae cauſa, vt, quorum intereſt, quae geſta ſint, noſcere poſſint, in iudiciis aſſeruantur, et protocollis inſeruntur. Quibus ita comparatis, certiſſimum quidem eſt, emtionis inſtrumentum, quod emtor a iudice accepit, eſſe originale, et plenam in contentione iudiciali probationem efficere, ſed profecto non magis dubium, eandem virtutem iudicialis protocolli litis cauſa editi eſſe debere. Quae quanquam ita ſunt, nuperrime in actis iudicialibus ad nos transmiſſis acerrima huius rei cauſa inter aduocatos agitata controuerſia obiiciebatur.

Noſtrae ſententiae loco, cuius formulam quilibet concipere valet, rei praeſenti accommodatius, et cuilibet nouello conſultius erit, hanc regulam perpetuo atque conſtante collegiorum vſu ſeruatam addere; Videlicet copiis documentorum iudicialium ab ipſo iudice confectis, iisdemque, (ſic loqui ſolent pragmatici,) vidimatis, hoc eſt, aſſeueratione concordantiae cum originali munitis, non idem omnibus pretium in foro eſſe ſtatuendum, vt potius eiusmodi copiae ab eodem iudice, qui negotio praefuit, illudque litteris concepit, confectae ipſis originalibus aequipolleant, documenta contra ab alio iudice inferiore transumta copiarum valore cenſeantur. Vt ſit adeo hic fori vſus, documenta ab illuſtriſſimis collegiis et iudiciis, iisque, coram quibus negotium peractum ipſumque documentum conceptum eſt, transſcripta originalium valore aeſtumari, reliqua minus. Quanquam fides iudicibus generatim habita, propter quam ab iis geſta abiurari non patiuntur, verius exigere videtur, vt inter originalia atque transumta eorum diſcrimen omnino nullum admittamus.

RE-

RESPONS. XI.

Quae documeta in iure impertinentia appellentur.

Quis non exiſtimauerit, documenta impertinentia ea eſſe, quae ad probandam rem, cuius cauſa inducuntur, nihil faciunt, ſiue ad rem non pertinent. Quod omnino verum, naturae, et communi loquendi vſui conſentaneum eſt. Ob eamque rem non inficior, me, quum praxin iuridicam inire coeperam, ſaepius haeſiſſe in §. 2. *Tit. XXV. Ordinat. Recogn.* verbis; *für* production impertinent*er* Document*e*, *als da ſind*, et quae proxime inſequuntur. Poſſunt enim haec in eam inducere opinionem, quoniam teſtimonium conceſſae dilationis a iudice impetratum, libellus, litis conteſtatio, articuli probatoriales, rotuli teſtium, leges publicae, reſponſa prudentum a legislatore in cenſum impertinentium documentorum referuntur, his omnibus nihil effici, quae ad rem litigioſam pertinere ad eamque probandam quicquam facere poſſe videantur. Quoniam vero contra rationem eſſet, affirmare, nec facti narrationem ex libello, nec a reo affirmata ex litis conteſtatione, nec termini probatorii prorogationem ex iudicis, qui eam conceſſerit, teſtimonio, nec probationis argumenta ex articulis probatorialibus, nec facti veritatem ex religioſa teſtium aſſeueratione, nec actionis iuſtitiam ex lege et prudentum iudicio cognoſci et illuſtrari poſſe, ſummam Principi iniuriam inferret, qui defenderet, vſum argumentorum horum omnium in probatione ac reprobatione propoſitis d. l. verbis prohibitum eſſe exiſtimandum.

Quam ob rem aeque nefas eſſet, cogitare, quae in §pho noſtra congeruntur, impertinentia propterea documenta appellari, quia legislator in ea fuerit opi-

nione, argumenta ex iis petita probationi inſeruire, ad eamque pertinere non poſſe. Vt potius vel iam fuerint, quo tempore lucem conſpexit Ordinat. Proc. Recogn. vel futuros eſſe vaticinatus fuerit Llator cauſidicos, qui propter cauſarum, quibus patrocinantur, paucitatem promerito aduocati honorario non ſatiati ſimul ſcribarum ſtipe veſci cupientes, leges, vel interpretum iudicia, vel teſtimonia, aliaue loca in actis iudicialibus obuia, quae in articulis probatoriis nominare, et iudicis meditationi commendare oportuiſſet, integra transſcribere, documentorum loco probationi addere, et ſic numeroſam plagularum multitudinem foeda famemque ſportularum redolente ſcriptura obducere ſatius duxerint. Eiusmodi cauſidicorum ſentinam noſtra etiam patria plorat, quos etſi, vt exiſtimationi parcam, haud nomino, omnes dicaſteriorum aſſeſſores norunt, eosque ineptientes et garrulos cane et angue peiores fugiunt. Ad hanc igitur turpitudinem fraenandam et coercendam dicta legis noſtrae diſpoſitio, et, quae eam comitatur 5 thal. mulctae comminatio pertinent.

Eiusque, quod apertius ex adiunctione §*hi 1. Tit. XXIV.* intelligimus, vera ſententia haec eſt, ſcripturas, quae vel partem actorum conſtituant, vel extra acta vbiuis obuiae ſint, vel denique ita comparatae, vt ad fidem iis conciliandam alius ſcripturae tanquam originalis collatione non opus eſſe videatur, in articulis probatorialibus ſolum nominandas, ad easque iudicem remittendum eſſe. In eorum vero probandi mediorum cenſum non venire, quae in proceſſu iudiciario documenta appellantur, adeoque neque copias eiusmodi ſcripturarum articulis ſubiiciendas, neque ſuper earum productione in termino, eius rei cauſa conſtituto, diſputationem inſtituendam eſſe. Plane non improbantur

bantur tanquam probandi media. Quod, vti ſupra euiciſſe mihi videor, contra rationem eſſet, ſed tanquam documenta, quorum cauſa ſolennis productio neceſſaria videatur. Quam igitur ob cauſam impertinentia documenta non inepte vocantur. Nulla in re ſaepius cauſarum patroni hanc legem negligunt, quam in probandis formalibus probationis et reprobationis. Non enim in articulis eo directis folia actorum nominant, ex quibus petitam impetratamque termini probatorii dilationem eſſe, appareat, ipſam potius iudicis confeſſionem conceſſae dilationis documenti loco inferunt, eiusque ab aduerſario recognitionem poſtulant. Cui ſic hic petitioni conceſſit, in recognitione facta iudicis decretum acquieſcit, ſin minus, aduerſarium a recognoſcendi obligatione immunem quidem pronunciat, producentem vero ab eius vſu nunquam arcet, quod, ſi probandi vis documento nulla ineſſet, fieri deberet, vt potius vſum diſertis verbis eidem recipiat.

RESPONS. XII.

Lex Judiciaria in Ordinat. Recogn. Tit. 36. §. 5. in fin. vt, qui jusjurandum calumn. et relatum jurauerit, ei impensae processus restituantur, patitur exceptionem.

Nihil magis indignum ICto vnquam existimaui, opinione, quam non paucis alta mente repostam expertus fui, nostrum esse, vt in verba legum, inprimis domesticarum, quasi jurare videamur, nullamque, nisi ab ipso legislatore diserte probatam, admittamus exceptionem. Esse enim ab ipsa lege non distinguente distinguendi veniam Icto praeclusam.

Quam qui fouent sententiam, et prae se ferre non erubescunt, Diuini praecepti, Deo magis, quam homini obsequendum esse, immemores, scribis se immiscent, honorificam ICti prouinciam deserentes, cujus est, praeter legum verba, rationem et vim earum scire; nosse, leges generaliter, non in singulas personas constitui; adeoque, vt voluntas conseruetur, benignius interpretandas esse; nosse denique, in fraudem legis facere, qui, saluis verbis legis, sententiam ejus circumueniunt, *l. 8. 17. 18. 29. D. d. LL.* Ex quibus praeceptis jure meo inferre mihi videor, in ipsum Principem injurios esse, qui sententiam a ratione, vel aequitate manifesta, alienam ei affingere non dubitant. Talia enim Princeps ne velle quidem posse existimandus est.

Quae quum ita sint, consequitur, constitutionem in l. §. 5. Tit. 36. obuiam, videlicet impensas processus ei restituendas esse, qui jurejurando calumniae et relato a se praestito vicerit, non crude arripiendam, potius tum solum admittendam esse, si adversario ob nega-

negationem litis protrahendae libido imputari patiatur. Siue, vt apertius loquar, ſi res, vel cauſa litigioſa actori et reo aeque cognita et perſpecta ſit.

Eſt enim non tralatitium ſolum, ſed firmiſſimis etiam rationibus munitum, a paucis fruſtra inpugnatum, perpetuo potius et conſtante dicaſteriorum conſenſu firmatum, non niſi temere litigantium poenam eſſe ſumtuum proceſſus reſtitutionem. Quam, dum poenae loco habetur, et recte habetur, profecto iniquiſſime irrogaueris, quibus vitio verti nil poteſt. Hos igitur conſtitutione ſua comprehendere voluiſſe legislatorem, impium eſſet cogitare.

Igitur quoties, quae ab actore proferuntur, reus, vel, quae a reo excipiuntur, actor iure ſuo ignorant, et quis neſciat, facta aliena impune ignorari, quis alterutrum negando peccaſſe exiſtimauerit. Et ſi jure ſuo vterque negat, quis oblati jurisjurandi relationem exprobrauerit, vt potius hanc, ſi non adverſarium omnes nebulonem norint, ipſa religio imperare videatur. Profecto conſcientiae ſuae longe rectius et curioſius conſulit, qui jurandi copiam adverſario facit, prae eo, qui, nullis argumentis adjutus, jurejurando ſuo confirmat, ſe credere, ab aduerſario prolata vera non eſſe.

Lites ejusmodi contra haeredes frequentiſſimae obueniunt, vt vel defunctum ſibi debere contendant, vel, quod ipſi debuerint, ſolutum, et chirographum non redditum eſſe. Quibus petitionibus ſi credulas aures haeredes praeberent, non defuturi eſſent perditi et eiusmodi acquiſitionibus callide intenti homines, qui breui opimas haereditates exhaurirent.

Nobis tale exemplum a judice pagi, cui nomen eſt Oſtrau, his ipſis diebus objiciebatur. Titius ex chiro-

chirographo in Caji haereditate inuento condemnatus, vt, quam ſe mutuam accepiſſe faſſus fuerit, pecuniam haeredibus ſolueret, hos reconveniendo profeſſus fuerat, ſe nummos Titio dudum reddidiſſe, et in ejus aſſeueratione, perditum eſſe chirographum, acquieuisſe, vtque veram eſſe hanc narrationem probaret, jurandi conditionem haeredibus obtulerat. Quam quum hi Cajo retuliſſent, ſententia juſſi fuerant, vt Cajo, ſi jusjurandum calumniae et relatum praeſtiterit, chirographum, et, ſi quam extorſerint, pecuniam redderent, ſimulque expenſas in conventionem erogatas reſtituerent.

Quam quidem haeredes Titii, expenſarum reſtitutionem quod attinet, aegre ferentes, leuteratione vſi fuerant, eaque effecerant, vt haec res noſtrae committeretur cognitioni.

Quod ſi quis forte ad ſuſtinendum decretum hoc argumento vtatur, ſi lis illa ipſum Titium et Cajum interceſſiſſet, eodemque modo exiiſſet, neminem fuiſſe dubitaturum, quin Titius ad impenſas vtriusque proceſſus, conuentionis et reconuentionis ferendas obligatus fuerit. In jure non eſſe alienum, vt mala fides defuncti ſimul ejus haeredi noceat. Euincere hoc naturam vſucapionis, ſiquidem haeredi rem cum haereditate occupatam, a defuncto vel injuſte, vel certe non animo dominii poſſeſſam, vſucapere non liceat. Nihilque adeo impedire, quo minus haeres impenſas proceſſus ferat, quibus defuncti mala fides cauſam dederit.

Concederem huic ratiocinio, ſi non diuerſitas cauſarum obſtaret. Negata vſucapiendi conditio eſt jactura ciuilis, quam jure operatur nexus hereditarius, dum eandem cum defuncto haeres perſonam conſtituit. Contra

Contra processualium expensarum restitutio est poena temere litigantium. Poenas vero scimus personas delinquentes non egredi, non in haeredes eorum transire. Taceo, sibi ipsi judicem non constitisse, siquidem expensas conuentionis restitui voluit, et in reconventionem erogatas, quarum alia ratio esse non potest, silentio praeteriit, earumque adeo tacite compensationem probauit. Taceo denique, singulas propositiones d. §. 5. et §. 8. Tit. V. comprehensas eo omnes collineare, vt litigantium cauillationes coerceant, certissimo argumento, hujus malitiae insontes legislatorem haud voluisse.

Adeoque non dubitauimus hanc ferre sententiam: *Nunmehro, was die 3te Beschwerde betrifft, in Erwägung, daſs Erben, welche von allen ihres Erblassers Geschäften Wissenschaft nicht haben, wenn sie aus einer im Nachlasse aufgefundenen Schuldverschreibung klagbar werden, muthwillige Streitsucht, als der alleinige Grund der Kosten-Erstattung, nicht beygemessen werden mag, aus den Akten so viel zu befinden, daſs Wiederbeklagte die in der Convention verursachten Unkosten Wiederklägern, wenn er den ihm nachgelassenen Eyd leistet, zu erstatten nicht schuldig; sondern es sind selbige gegen einander aufzuheben. V. R. W.*

RE-

RESPONS. XIII.

Si ex documento in termino productionis vel reproductionis exhibito eodemque recognito nullum actori jus esse apparet, non interloquendum, potius lis rei absolutione finienda est.

Fundum a Sempronia relictum Cajus ex cognatione sibi cum defuncta intercedente a Sempronio petierat, et, quum hic petitionem, opposita simul transactionis exceptione, negasset, probationem impositam susceperat, vt judici per testes persuaderet, transactionem, quam inierit, non ad Semproniae haereditatem, tantum ad substantiam post Maeuiae mortem a Sempronia occupatam, in ejus haereditate comprehensam pertinere. Sempronius contra cum reprobando transactionis instrumentum a Cajo agnitum exhibuisset, dubium non supererat, Caji abdicationem ad vniuersam Semproniae haereditatem pertinere. Apparebat potius, ampliorem disputationem rei per se indubiae quemadmodum magis sumtuosam, plane superuacaneam esse futuram.

Igitur, prouti reus, si documentum reprobationi adjectum in primo termino exhibuisset, absolutoriam propter exceptionem litis ingressum, inpedientem jure suo expectasset, non minus, missa attestationum publicatione ac disputatione principali, vtraque secundum ordinarii processus, qualis adhuc agebatur, naturam necessaria, litem statim finiendam esse judicauimus his quidem verbis: *Dieweil Kläger die sub num. IX. und X. Fol. 100. sq. Vol. II. angezogenen Urkunden, wonach beyde Theile wegen der Verlassenschaft Beklagtens Eheweibes sich verglichen, und dass keiner dem andern etwas abfordern wolle, sich erkläret, bes. Fol. 140. un-*

um-

umwunden anerkannt, dieses Eingeständniss auch ad art. 108 und, dass er das bedungene Vergleichsquantum empfangen habe, bes. Fol. 147.b wiederholet; Woraus denn der Ungrund des Vorgebens, dass der Vergleich nur über den Nachlass der V. abgeschlossen worden, vielmehr, dass dieses Seiten Klägers für einen in Gedanken gebliebenen, wörtlich nicht geäusserten Vorbehalt zu achten sey, welcher keine rechtlichen Folgen nach sich ziehen kann, genüglich hervorgehet, angesehen, demselben, wenn seine Meynung in der That dahin gegangen seyn sollte, obgelegen hätte, es zu äussern und seinem Gegner Gelegenheit zur Entschliessung darauf zu geben: So hat der beym Beweise und Gegenbeweise gebrauchte Eydes-Antrag nicht statt, und ist die Abhörung der beym Beweise angegebenen Zeugen, in so weit sie nicht bereits geschehen, zu unterlassen, vielmehr Bekl. von der erhobenen Klage sofort zu entbinden und los zu zählen. Die auf diesen Prozess, welchen Beklagter durch eigne Vernachlässigung verlängert, verwendeten Unkosten aber werden billig gegen einander aufgehoben. V. R. W.

RE-

RESPONS. XIV.

Debitor cambialis debitum confeſſus, niſi reddito cambio ſoluere non tenetur.

Nihil obuenire ſolet frequentius, quam vt, amiſſo chirographo, debitor, vel aliunde conuictus, vel bona fide confeſſus, recepta confeſſione, debitum extinctum eſſe, (*einem ſogenannten Mortifications-Scheine*) ſoluat. Quaeritur, vtrum iure teneatur, an, oppoſita exceptione, chirographum eſſe reddendum, contra actoris petitionem ſe defendere valeat. Quod videtur, quum fieri poſſit, vt creditor amiſſionem chirographi ſimulans, ſimul eius ceſſionem alteri factam diſſimulet, nouaeque adeo conuentionis periculum debitor incurrat. Quoniam vero ſcimus, exceptionem, quae cedenti obſtat, ceſſionario non minus obſtare, et iuris aequitate ad facienda ea obligamur, quae alteri proſunt, nobisque haud nocent, debitoris exceptioni non eſſe concedendum, admitto. Praeſertim ſi creditor ſimul promittit, ſe debitorem hoc nomine forte conuentum adiuturum, et, ſi quae fuerint, expenſas reſtiturum eſſe.

Ab hac vero debitoris ceſſi quum diuerſa ſit cambialis indoſſati conditio, eumque exceptione, quae indoſſanti obſtat, contra indoſſatarium non eſſe audiendum §. 15. Append. O. P. S. R. conſtituat, hunc ordinario proceſſu conuentum, etiamſi debitum confiteatur, exceptione cambii nondum redditi omnino ſecurum eſſe, plane perſuaſum habeo. Quam ne replica quidem, extincti per praeſcriptionem rigoris cambialis, elidere valet. Quae videlicet praeſcriptio, quanquam contra arreſtum perſonale debitorem in cambio expreſſum tuetur, obligationes, quae praeterea

terea ex natura cambii consequuntur, non perimit. Vt videlicet, si, praescripto personali arresto, indossatarius tanquam ex documento quarentigiato conueniat indossatum, hic opposita exceptione, quam indossans agnoscere debuisset, se liberare non valeat, nec eiusmodi defensio magis heredem debitoris cambialis tueatur, cui rigor cambialis nunquam metuendus est.

Quam ob rem quum in iudicio concursus creditorum per longissimum tempus, quoniam creditoribus ex fructibus feudi satisfaciendum erat, continuato euenisset, vt creditoris ex cambio designati haeredibus, qui maximam partem crediti iam acceperant, residuum adhuc soluendum superesset, et curator litis petiisset, ne hoc fieret, antequam vel cambium redditum fuisset, vel, omnibus, qui forte ius ex illo cambio sibi vindicarent, edictali citatione conuocatis, praeuia prouocatione et contumaciae accusatione, nemini praeter creditoris haeredes ius esse, ex re iudicata constitisset, creditores contra oblata, sibi omnino satisfactum esse, confessione, eademque cum plenissima iurium ex cambio profectorum remissione coniuncta, desiderio curatoris massae contradixissent, nos eius rei causa a iudice, praefecto videlicet Tennstadiense consulti curatoris petitioni concedendum esse, respondere non dubitauimus his verbis:

Dass Klrer darauf, dass ihnen das wegen derer für ihren Erblasser in der 46sten Classe in Ansatz gebrachten 1060 *fl. annoch gebührende* residuum *gegen einen Mortifications-Schein ausgeantwortet werden solle, gerichtete Suchen nicht statt hat, sondern es sind dieselben, wenn sie den, solcher Anforderung halber vom Gemeinschuldner ausgestellten Wechselbrief auszuhändigen nicht vermögend, das bereits erhobene sofort zum gerichtlichen* deposito *wieder auszuliefern, oder, dass die von Bkl-*

 tem

tem geforderten Edictalien *auf ihre Kosten ausgefertiget werden*, *geschehen zu lassen*, *sowohl in beiden Fällen die verursachten Unkosten letzterm zu erstatten schuldig. V. R. W.* ex ratt. *Dieweil in Wechsel - Geschäften die verschriebene Summe dem Inhaber des Wechselbriefs gegen dessen Aushändigung versprochen wird*, *mithin*, *wenn schon das Geforderte für Klägerer Erblassern*, *bereits in Ansatz gebracht worden*, *die Natur der Sache zu erkennen giebt*, *dass die Zahlung anderergestalt nicht*, *als gegen Aushändigung des Wechsels geschehen solle*, *Klägern auch das bereits in Abschlag Bezahlte nach vorgängigen Versprechen den Wechselbrief auszuhändigen verabfolget worden*, *und Beklagter solches in der Hofnung*, *dass Klägere ihrer wechselseitigen Verbindlichkeit nachkommen würden*, *geschehen lassen; Und wenn schon die rechtliche Billigkeit erheischet*, *dass dem andern vortheilhafte*, *uns aber unschädliche geschehen zu lassen*, *auch nach der Rechtsregel*, exceptio cedenti obstans cessionario simul obstat, *dass dem Creditwesen gegen des dritten Mannes Ansprüche ebendieselbe Sicherheit durch einen Mortifications - Schein*, *wie durch Zurückgabe des Wechsels selbst verschaffet werde*, *scheinen will*, *da gleichwohl in Wechselgeschäften nurerwähnte Rechtsregel ihre Ausnahme leidet*, *und die des Indossanten Anspruch entkräftende* Exceptiones *dem* indossatario *nicht entgegen gesetzet werden mögen; Anneben präscribirte Wechsel nach Maasgebung des Befehls vom* 11. *Novbr.* 1767. v. Suppl. Cod. Aug. Tom. II. p. 1141. *nur in Ansehung des executivischen Verfahrens wider des Schuldners Person für präscribiret zu achten sind*, *im übrigen aber die Natur und Eigenschaft derer Wechselbriefe nicht verlieren*, *Beklagten freygestanden hätte*, *auf der Zurückgabe des Wechselbriefes zu bestehen*, *und derselbe zu seiner eigenen Bedeckung und des Creditwesens Sicherstellung weniger nicht thun können*, *als*, *dass*

er

er die Erlassung gewöhnlicher und dem Befehle vom 13. Novbr. 1779 gemässer Edictalien geschehen zu lassen, sich erkläret; Eben hieraus aber auch, und, da Klägere solchem widersprochen, deren muthwillige Streitsucht sich gnüglich zu Tage leget;

So ist etc.

RESPONS. XV.

Qui, relicto processu executiuo, debitorem cambii iure persequitur, ad restituendas impensas ex illo processu natas obligatur.

Non raro occurrit, vt ex cambio, alioue instrumento obligatorio, quo debitor cambiali iuri se submisit, creditor processu executiuo experiatur, et ius cambii simul protestatione interposita seruare studeat. Cambium et alias cautiones hoc interesse scimus, vt his bona debitoris creditori principaliter obligentur, illo persona ipsa. Et quanquam creditori concedendum non est petenti, vt debitor, quod ex chirographo debet, donec soluat, in carcerem detrudatur, vt potius executio in bona debitoris fieri debeat: Ex cambio contra obligatum executiue an cambialiter persequi malit, in arbitrio creditoris est, partim quia debitoris cambialis obligatio duplex est, vt videlicet aut soluat, aut maneat, quarum altera illius bona, altera personam ingreditur; Partim, ne in odium creditoris conuertatur, quod eius fauore constitutum est.

Hoc vero creditoris arbitrium non eo vsque liberum est, vt, si executione in bona debitoris minus feliciter profecerit, personam aggredi liceat. Quilibet Processus iudicialis in certum finem instituitur, nec licet ob vnam causam plures intendere lites. Ante litem coeptam deliberandum est, quam viam inire satius videatur. Electam aut plane non, aut non impune deserere licet. Plane non post sententiam in causa latam eandemque vires rei iudicatae nactam, ante illam non, nisi restitutis litis impensis, v. §. 9. in fin. Append. Ordin. Proc. Sax. Recogn. Quandoquidem dubitare non licet, de surrogatione processus ordi-

ordinarii in executiui locum ibi conſtituta ad alia proceſſus genera aeque pertinere. Quod ipſa res docet. Quippe debitorem condemnatum, vt ſoluat, aut executionem expectet, contra petitionem creditoris, vt carcerem ingrediatur, exceptio rei iudicatae tuetur.

Nec proteſtatio creditoris libello inſerta, qua ius cambii reſeruare ſtudet, ipſius videlicet factis contraria quidquam efficit. Adeoque ſimul conſequitur, proceſſus inuerſionem ante ſententiam creditori ſine expenſarum reſtitutione aeque minus patere. Idem confirmat appendix ſententiae ad petitionem concilii academici perpetui, in cauſa G. contra Z. menſe Ian. 1794. anni latae adiecta his verbis: *Es mag jedoch Klägerin die biſs zum 68ſten Akten-Blatte verurſachten Unkoſten kürtzen zu laſſen, als welche Obliegenheit aus jeder Veränderung der Klage erwächſet, ſich keinesweges entbrechen.*

RESPONS. XVI.

Norma in O. P. S. R. Tit. XI. §. 2. ac Tit. XXI. §. 1. praeſcripta non minus ad proſequendam, quam ad ſuſcipiendam probationem pertinet.

Neminem fugit, ad protrahendas lites inprimis facere, ſi reus probationem exceptionis, vel iuris, quod in fundo alieno ſibi aſſerit, declinare valet, donec actor exceptionibus oppoſitis ſatisfecerit. Cui incommodo quoniam O. P. S. Tit. XI. §. 3. ſuffragatur, recognita ad hunc Titul. §. 2. obicem poſuit, dum conſtituit, quaecunque oppoſitarum exceptionum cauſa actor in ſententia facere iuſſus fuerit, facienda eſſe ante terminum proxime inſequentem, et quinque ioachimicorum mulctam ab immorigero exigendam. Quodſi vero probationem ſubire, vel iusiurandum praeſtare eadem ſententia vel decretum reo impoſuerit, fatalia propterea conſtituta, etiamſi ſatis exceptioni factum non fuerit, haudquaquam ſuſpendi. Excepto hoc vno, ſi legitimationem ad cauſam potiſſimum exhibere actori ex eodem decreto incumbat. Quam legem probaturo in proceſſu iudiciario ſcriptam in §pho 1. ad Tit. XX. repetitam legimus. Poſitis his, ex actis iudicialibus a Praefecto Leucopetr. in cauſa *von Z. wider W.* nobis nuperrime oblatis apparebat impoſita actori per ſententiam cautio expenſarum ergo, reusque condemnatus, data ſimul ei venia oppoſitam compenſationis exceptionem probare. Hic poſtquam articulos probatoriales exhibuerat, iudici vero, euocatus, vt in termino praefixo originalia documentorum produceret, morem non geſſerat, cauſam per litteras interſerens, donec actor cautionem pro expenſis intermiſerit, ſuum non eſſe litem cum illo continuare, actor

ctor contra indicto die in iudicio praesens, reum contumacem, concessamque probationem destitutam pronunciare petierat. Erat itaque reus in ea opinione, se conceptione et editione articulorum probatorialium dictis legibus paruisse. Videri poterat, iure suo, dum scimus, poenalia restringenda esse non amplianda. Accedebat actoris peruicacia. Et praeterea circumfertur, partes rei magis esse, quam actoris, fauorabiles. Inprimis reo opitulari videbatur O. R. ad Titul. 20. §. 1. vbi propter verba, *die zum Beweise gesetzte Frist*, apparet, legislatorem de termino intra quem probatio suscepta iudici exhibenda est, cogitasse, non de huius prosecutione et perfectione.

Vt vero taceam, rationem, quam ipsa lex profitetur, vt ambages litigantium praecidantur, ad progressum non minus, quam ad initium probationis, pertinere, et legis restrictionem ad hoc mentem legislatoris esse frustraturam: Omnem dubitationem §. 2. O. R. ad Tit. XI. eximit verbis, *die* fatalia *des zuerkannten Beweises* — — *um desswillen, dass denen* exceptionibus dilatoriis *noch nicht abgeholfen, keineswegs suspendiret werden, sondern nichts desto weniger, sobald das Urthel seine Rechtskraft erlanget, ihren Fortgang haben.* Id vero, non solum, qui intra terminum Saxonicum articulos exhibere negligit, sed etiam, qui in productionis termino non comparet, probationem destituere, scimus omnes.

Quam ob rem hanc ferre sententiam mense Octbr. 1794. anni non dubitauimus: *Dieweil nach Vorschrift der Erl. Pr. Ordn. Tit. XI.* §. 2. *die* fatalia *des zuerkannten Beweises, wenn schon denen dilatorischen Ausflüchten noch nicht abgeholfen, nicht suspendiret werden, sondern ihren Fortgang haben, und von dieser Regel*

 die

die einzige allhier nicht eintretende Ausnahme, wenn vor allen Dingen auf legitimationem ad causam *erkannt, gestattet worden; zu Salvirung des Beweises aber nicht nur, dass er binnen der gesetzmässigen im Urthel bestimmten, oder prorogirten Frist übergeben, sondern auch im anberaumten Productions-Termine fortgestellet werde, nöthig ist; Und denn Bekl. in dem anberaumten Productions-Termine, wozu er die Ladung empfangen zu haben* fol. 166. *eingeräumet, nicht erschienen, und überdem deshalb von Kln. Ungehorsam beschuldigt worden; So hat Bekl. an dem* fol. 17. *ihm nachgelassenen Beweise sich versäumet, derowegen es bey dem* fol. 69. sq. *befindlichen rechtlichen Erkenntnisse nunmehro schlechterdings zu lassen, es ist auch Bekl. die durch diesen Prozess verursachten Unkosten Kln. zu erstatten schuldig. V. R. W.*

RESPONS. XVII.

Iurisiurandi delatio, quae documento aduersatur, nil prodest, nisi dolus, qui documento causam dederit obuerti possit.

Saepius occurrit, vt venditiones, vel alia negotia non, vti ex instrumento propterea confecto exposita intelliguntur, alium potius in modum celebrata et contracta esse, actores in libello profiteantur, et super hoc asserto aduersario iurisiurandi conditionem offerant. Quam inire reum oporteat an minus, acriter disputare solent. Huiusque certaminis non eadem semper apparet componendi ratio.

Nimirum scimus, iurisiurandi delationem et instrumentum vtrumque esse assertionis probandae medium, vt tamen quodammodo inter se differant. Quippe hoc, non illud cum aliis probationis generibus cumulari patitur. Hoc, modo non vitiosum sit et verum, aduersarius agnoscere et admittere debeat, in illo vero eligere possit, iurare, an probatione conscientiam defendere, an pro qualitate rei subiectae iusiurandum sibi delatum referre malit. Dein hoc etiam scimus, documenta, modo agnoscantur, vel ob internam qualitatem agnosci debeant, qualis eorum est conditio, quae iudiciali auctoritate muniuntur, vim probandi in se manifestam habere, vt quae iis muniantur, exceptiones, iisdem vis in processu iudiciali tribuatur litis ingressum impediens.

Consequitur ex his, qui rem non, prout ex documento cognoscitur, sed secus peractam esse perhibet, ei fidem haberi non posse, vt potius, si super asserto suo iusiurandum deferat, rei conscientia per documenti inductionem, vel praeuia huius recognitione actori imposita, vel, si iudiciale sit, per se satis defensa iu-

dicari debeat. Quod idoneam rationem habet. Aut enim priuatum subest instrumentum, aut a iudice confectum. Illud paciscentes subscriptione sua pro vera suae mentis expositione agnouerunt, et, si forte omissa perlectione subscripserint, ob negligentiam iustam querendi causam non habent. Hoc, iudiciale puto, fidei iudicialis praesumtione contra nudam actoris vel rei assertionem defenditur, aliisque modis inpugnandum est. Et si forte iudex rem omissis assessoribus sibi soli sumserit, vel scriptum praelegere, vel contradictionem ad acta conscribere neglexerit, vel recusauerit, licebat negotio peragendo contradicere, idemque prouocatione ad superiorem in ipso actu interposita suspendere. Vt adeo in iudicio conscripta pro vera voluntatis contrahentium declaratione habenda sint. Et, si forte ex instrumento ante iudicialem confirmationem priuatim conscripto et a contrahentibus subscripto alia atque alia appareant, alia postea placuisse, et in his mutasse contrahentes voluntatem iudicemus.

Quod si vero actor diserte in libello profiteatur, placuisse contrahentibus, et conuenisse, vt hoc vel aliud aliter, quam actum fuerit, instrumento exprimeretur, forte pretium, in quod emtor et venditor consenserint, esse quatuor millia ioachimicorum, sed precibus emtoris, vt oneris laudemialis minuendi causa tria millia exprimerentur, venditorem concessisse, nunc emtorem mille thaleros, ipsius fauore omissos negare; Huiusque asserti vt fidem faciat, iusiurandum emtori deferat: Dubitandum non est, compellendum esse emtorem, vt vel soluat, vel iuret, nec audiendum esse excipientem, contrarium ex instrumento venditionis cognosci. Si eiusmodi quidem narratione venditor, non de fide instrumenti labefactanda, de dolo emtoris tantum aperiendo laborat.

Quam

Quam ob rem, quum ex actis coram Praetorio huius vrbis in caussa P. contra O. gestis ante aliquot annos nobis traditis constaret, emtorem a venditore petiisse, cuius petendi secundum contenta instrumenti ius nullum esset, nec fraudi venditoris, ineptae potius conceptioni actuarii eorum, quae coram eo contrahentes professi fuerint, petitionem suam superstruxisse, innocentiam venditoris ipso instrumento euictam pronunciare non dubitauimus: Adiectis his rationibus; *Dieweil besag des zur Obrigkeitlichen Bestätigung gediehenen Kaufbriefs* Fol. 5. sqq. *Kl. die streitigen auf das erkaufte Haus unterpfändlich versicherten* 1700 *Rthlr.* in quali et quanto *ohne Neuerung übernommen, und nur die noch übrigbleibenden Kaufgelder in conventionsmäfsigen* speciebus *zu bezahlen versprochen; Dieses aber dem Vorgeben, dafs der Kauf auf eine gewisse in conventionsmäfsigen Geldsorten zu bezahlende Summe abgeschlossen worden sey, geradezu widerspricht; Und, wenn auch, dafs Anfangs die Interessenten über eine gewisse Summe conventionsmäfsigen Geldes übereingekommen wären, angenommen werden wollte, gleichwohl durch den bey der Obrigkeitlichen Bestätigung gemachten Vortrag die Sache in einen andern Stand gekommen, und Kläger in Betreff des streitigen Capitals von der Verabhandlung über die Qualität derer Münzsorten hinwiederum abgegangen; Woraus denn, dafs durch mehr erwähnte Urkunde Bekltens Gewissen mit Beweise gnüglich vertreten sey, sich von selbst ergiebet; Diesem auch nicht entgegen ist, dafs in denen beygelegten Ackten auf diese Urkunde keine Rücksicht genommen worden, maafsen dieses daselbst in Ansehung der Summe wegen beyder Partheyen Eingeständnisses geschehen; Woraus, dafs sie eben so wenig zum Beweise der Qualität derer Geldsorten dienen könne, keinesweges zu folgern, so ist u. s. w.*

RE-

RESPONS. XVIII.

Alia exceptio ex Edicto Praetoris, quod quisque iuris in alterum statuit eodem ipse vti obligatur, quod iurisiurandi delationem sustinet.

Huic edicto, quo titulum in Digestis II. Lib. II. inscriptum legimus, haec ratio subiungitur, vt, quod ipse quis in alterius persona aequum esse credidisset, id in sua quoque persona valere patiatur. Quod aequitatis praeceptum SALVATOR noster *Matth. VII. v.* 12. aliis verbis proponit, *quod tibi non vis fieri, alteri ne facias*, quod SEN. *d. Ira L. II. c.* 30. dum ait, *iniuria non est, pati quod prius feceris*, et PHAEDR. *L. I. Fab.* 26. *in fin.* commendat, dum *sua quemque exempla aequo animo pati iubet*, tantum in se veritatis vim habet, vt vel impudentissimum, quod ipse probauerit, etiamsi sibimet ipsi alio loco molestum intellexerit, directe improbare pudeat. Quam ob rem naturae egregie conuenit, a Praetore, studiosissimo, vt ius strictum quoties durum intellexerit, cum aequitate in concordiam reduceret, iustum illud et obligatorium fuisse expositum, non iudici solum, qui ius iniquum dixerit, sed litigantibus etiam, qui sua petitione illud impetrauerint, *l. 2. 3. D. quod quisque iuris etc.*

Vt huius edicti poenam, si res peracta effectum habuit, non in qua solum causa iniquitas fuerit conspicua, sed in aliis etiam eius reus pati teneatur *l.* 3. §. 6. *d. Tit.* Quod ipsum tamen sic accipio, si sententia, vel petitio, quae illi causam dederit, vere iniusta fuerit. Caeterum enim, si nulla subest iniquitas, edicti huius vtilitas non quidem omnino desideratur,

sed

ſed rem praeſentem non egreditur. Vt hoc etiam obtineat, commiſſae iniquitatis poena efficit.

Quis enim facile dubitauerit, facto quemque ſuo, modo obligationis capax reperiatur, aequum an iniquum, ex hoc vno, quod ſuum ſit, alteri in quem illud commiſerit, obligari, *l.* 135. *D. d. R. I.* Qui ex documento alterum aggreditur, non minus omnia ſuae petitioni contraria ex eodem documento agnoſcere obligatur, et producti teſtis aſſertiones, inſeruiant producentis cauſae, an aduerſentur, ſpectare iudex et ſecundum eas iudicare debet.

Eandem ob cauſam, ſi quis probandi medium inpertinens, conſentiente aduerſario, attulit, huic procul dubio eiusdem vſum concedere, et quam iniit viam, altero volente progredi obligatur. Pomponius quidam, indebiti condictione, cui emtio cauſam dederit inſtituta, in libello ſimul mentionem fecerat, non omnia, prout acta fuerint, inſtrumento venditionis expreſſa eſſe, et iuramentum reo obtulerat. Quae quum emtor Oreſtes, accepta iurisiurandi conditione, magnam partem negaſſet, Pomponius negatorum ex ipſo venditionis inſtrumento fidem iudici facere laborauerat. Neque id in caſum, vt potius prima ſententia eius votis omnino reſponderit, adiecta ratione, quoniam negatorum ratio, ob contenta documenti, habenda non videatur.

Quoniam vero actor iurisiurandi delationem integro libello ſubiecerat, affirmatio eorum, quae ex documento non apparebant, reum iurisiurandi conditione ſibi oblata in reliquis negatis deſtituere eo minus poterat, quo magis fallacem veritatis probationem documentum praeſtare ex ipſis libelli viſceribus conſtabat.

Acce-

Accedit, transactionem, quae iurisiurandi delatione aduersario offertur, eius acceptione peragi, ex eaque ius quaesitum nasci contra deferentem, vt vel a lite desistat, vel iurari patiatur. Et iudicem, si iurare prohibeat, prohibito iniuriam facere, nisi imminentis periurii manifesta adsint indicia. Quam ob rem post leuterationem interpositam et acta nobis tradita aliam ferendam esse sententiam duximus, et quidem hanc: *Nunmehro aus denen Akten so viel zu befinden, dass Bekl. die geforderten* 100 *Rthlr. nebst Verzugszinsen von Zeit der erhobenen Klage zu bezahlen noch zur Zeit für schuldig nicht zu achten; Sondern würde selbiger den über den* 12*ten Abschnitt der Antwort auf die Klage ihm angetragenen und angenommenen Haupt-Eyd in der Maasse, dass am Tage, als der mit Kln. abgeschlossene Kauf Obrigkeitlich bestätiget worden, er von selbigem keinesweges* 2300 *Rthlr. sondern ein mehreres nicht, als* 2200 *Rthlr. ausgezahlt bekommen habe, nach vorhergehendem desselben Eyde für Gefährde schwören, so ist er von der wider ihn erhobenen Klage zu entbinden. V. R. W.* Adiectis rationibus: *Dieweil Bekl. dass der Kauf nicht allerdings auf die in der Gerichtlichen Urkunde Fol.* 5. *sq. niedergeschriebene Weise abgeschlossen worden sey, im Ganzen mit Kln. bes. Fol.* 20. b. *sqq. einverstanden ist; Und wie dieses Zugeständniss die Statthaftigkeit des von Kln. sich angemaassten Eydes-Antrags wirket, welcher ausserdem hätte verworfen, und Beklagtens Gewissen durch Beziehung auf erwähntes Document mit Beweise für vertreten geachtet werden müssen;* Correlatorum iure *aber und nach dem bekannten Edikte,* quod quisque iuris in alterum statuit, eodem ipse vtatur, *hieraus zugleich die Folge erwächset, dass Kl. auf dem selbst erwählten Beweiss-Mittel des Eydes-Antrags bestehen müsse, und solchem nicht* in fauorabilibus *gebrauchen,* in odiosis *aber verwerfen, und*

an

an deren Statt sich eines in andern Rücksichten verworfenen Documents gebrauchen könne; Auch, da letztere der angezogenen Ursache halber für keinen von beyden Theilen in dieser Sache zum Beweise geschickt ist, dem Richter um so weniger freystehen kann, die Entscheidung daher abzuleiten, je mehr ihm, wie unsicher dieser Grund sey, das Anführen und Eingeständniss derer Partheyen gnügliche Ueberzeugung giebt, so ist u. s. w.

RE-

RESPONS. XIX.

Regula, quae liquidum cum illiquido compenſare non ſinit, in Proceſſu ordinario patitur exceptionem.

In vulgus notum eſt, ex documento, quod in foro quarentigiatum dicitur, in proceſſu executiuo conuentum non audiri, ſi, eiusmodi probandi medio non inſtructus, peremtoria exceptione vtitur, etiamſi iurandi conditionem aduerſario offerat. Qua equidem in re amicam iuſtitiae ſimplicitatem deſidero. Mihi enim, quae ſubeſt ratio, non ſufficit. Non admittitur videlicet contra petitionem ex documento liquidam exceptio delato iuriiurando innixa, quia, cui defertur iusiurandum, arbitrio gaudet, iurandi, an iurisiurandi referendi, an conſcientiae per probationem tuendae conditionem, eligere malit, et quoniam, ſi hanc eligit, reprobatio non aeque expedita eſſe poteſt, ac probatio, ipſo documento abſoluta. Ademit vero Sereniſſimus Llator hoc defenſionis genus actori et reo in proceſſu, cauſis, quae minutae noſtratibus audiunt, praeſcripto, nec memini, vllum huius rei cauſſa queſtum fuiſſe.

Et, quid grauius videatur, miſerum, qui pecuniam ſibi mutuatam multo labore comparſam reddidit, et in creditoris ſui excuſatione, non ad manus eſſe chirographum, ſed breui tempore redditum iri, ne adiumenti in futurum neceſſarii ſpe ſe ipſum priuaret, acquieuit, neceſſitati ſaepius impoſſibili, quod reddidit, iterum ſoluendi ſubiicere, relicto reconuentionis remedio cum temporis et nummorum impenſa coniuncto, an creditorem defenſione, certe non agies fruſtranea, ac fere imaginaria, quis enim ſapiens veritatem

ritatem iurisiurandi religione confirmare recuſet, deſtituere, id quidem aliis iudicandum relinquo.

Sed hoc praetereo, quum ad conſultatoriam iurisprudentiam pertineat, non conſtituti iuris interpretationem. Hoc vnum addo, me propter praemiſſam aequitatis rationem autorem fore, vt actor, cui in proceſſu executiuo reus exceptionem peremtoriam, connexa ſit, an minus, iuncta iurisiurandi delatione, oppoſuerit, neceſſitati ſubiiceretur, vel iurandi, vel iurisiurandi reo referendi. Quodſi vero me reum in eiusmodi conditione conſtitutum ponam, profiteor, me non temere hanc viam, vnice tum, ſi aliis probandi mediis me deſtitutum ſentiam, ingreſſurum eſſe, quia vix a me impetrare poſſum, vt periurii capacem non habeam, qui receptum, vel remiſſum, quaſi non receperit vel remiſerit, turpiter exigit. Modo cauſae, ob quam ſublata eſt obligatio, ipſe creditor auctor ſit, non eius mandatarius, vel is, cui haeres extitit. Qui enim a mandatario recepit, vel in haereditate chirographum inuenit, is cur facile extinctam obligationem putare, leuemque, vel turpem exiſtimare defunctum mandatariumue debeat. Vt adeo tum ob aliam cauſam probationis exitus, quem iusiurandum praebet, periculi pleniſſimus appareat.

Haec de executiuo proceſſu dixiſſe ſufficiat. Ad ordinarium transeo, quo diſceptabatur illa cauſa, quae ſcribendi praebuit occaſionem. Actor in libello ſibi reum ducentos ioachimicos diſtinctis terminis, quotannis viginti quinque debere, profeſſus, quorum dies venerit, vt ſoluere compellatur, iubeaturque ſub poena confeſſi et conuicti reſpondere, petierat, habito ſimul ad inſtrumentum obligationis, non eius probandae, ſed plenioris fidei conciliandae cauſa, reſpectu. Reus promiſſionem confeſſus, exceptione vſus fuerat, actorem ſibi vſumfructum aliquot agrorum conceſſiſſe,

cuius compos factus viginti quinque, quotannis ſoluere promiſerit, ſpe fretus, ex fructibus percipiendis ſe tantum ſoluere poſſe, actorem vero hunc fructum, cum eoque ſoluendi medium ſibi contra ius ademiſſe. Quod quum negaſſet actor, ſuique aſſerti reus fidem iudici nondum feciſſet; dicaſterium primo loco conſultum, recepta reo ſingulari, qua peteret, quod ſibi deberetur, actione, ſententiam actoris precibus conformem tulerat, eandemque ex ratione, quia ob illiquidum liquido mora fieri non debeat. Quae lis quum, praeuia rei leuteratione, noſtro iudicio ſubmitteretur, reo ſuccurrendum eſſe verius, id eſt, proceſſus iudiciarii regulis magis conſentaneum videbatur. Quae initium rei ſpectare, et, quod elegit, actorem genus proceſſus ſequi iubent.

Qui actione inſtituta ſi reum ad inſtrumenti recognitio, prouocaſſet, inuentis documenti quarentigiati requiſitis nihil apparuiſſet, quod latae ſententiae obiici poſſe videretur. Sed poſtulauerat reſponſionem, hoc agere iudex reum iuſſerat, et hoc reus egerat. Eſt vero haec proceſſus ordinarii quem actor ingreſſus erat natura, vt pro qualitate reſponſionis aliam atque aliam iudex ſententiam ferre debeat. Scilicet, vt, ſi ius agendi ex facti narratione, nec iurandi conditio oblata appareat, ob negationem actori, contra ob affirmationem qualificatam, puto iunctis exceptionibus veſtitam, reo probandi onus imponat, recepta alterutri reprobandi venia, ob ſolam denique nudam affirmationem reum damnet.

Huc itaque ſi prohibitio, quominus illiquidum cum liquido compenſaretur, pertineret, nunquam locum inuenire probatio ex parte rei poſſet, ſiquidem actoris aſſertum ex rei confeſſione liquidum non admitteret exceptionis ſimul oppoſitae probationem, certe morari

rei

rei obligationem non valeret. Neque inſtrumentum, quod illuſtrandae iuuandaeque ſuae petitionis ergo actor attulerat, et ad quod in diſceptatione iudicem remiſerat, immutare rei faciem poterat. Sufficiebat, actionem inſtrumento non ſuperſtructam, nec eius agnitionem, ſolam reſponſionem poſtulatam fuiſſe; ſufficiebat, actori incumbere, viam perſequi, quam inierit; ſufficiebat, litis conteſtatione reum cum actore quaſi contrahere, eumque obligare, vt, qualem coeperit litem, talem continuet, et ad finem perducat.

Idemque cum iuris ratione, qua minus eſſe cenſetur, actionem quam rem ipſam habere, et qua cepiſſe non intelligitur, qui per exceptionem remouetur, *l.* 13. *l.* 204. *d. R. I.* nec non cum aequitate amice conſpirat. Reus exceptioni innixus, et proceſſus regulis confiſus, a quibus probandi veniam expectat, bona fide confitetur, quam ſi confeſſionem ſuam ſibi noxiam timuiſſet, profecto negaſſet, expectata actoris probatione, exceptionis ſimul obiectae fidem iudici reprobando facturus. Igitur iudex, qui apprehenſa confeſſione reum damnat, fidem a legibus datam fallit, et praeterea ſiniſtrum agit interpretem, quia factum per ſe obligatorium, cui valida exceptio obſiſtit, obligare deſinit.

Quam ob rem aliam ſententiam regimini Francohuſano in cauſa S. contra W. his diebus ſuppeditare non dubitauimus et quidem hanc: *Nunmehro aus denen Akten ſo viel zu befinden, daſs Beklagte die klagbar gemachten* 25 *Rthlr. nebſt denen in denen Jahren* 1793 *und* 1794 *jedesmal mit* 25 *Rthlrn. verfallenen* 50 *Rthlrn. halb in Louisd'or und halb in Laubthalern, das Stück* 1 *Rthlr.* 14 *Gr. gerechnet, bey Vermeidung der Hülfe, zu bezahlen noch zur Zeit nicht ſchuldig; Sondern es ſind Beklagte vor allen Dingen die zerſtörlicher*

Weiſe vorgeſchützten Ausflüchte, *mit Vorbehalt Klägerin Gegenbeweiſes*, *beyder Theile Eydes-Antrags und anderer rechtlichen Befugniſſe in Sächſiſcher Friſt wie recht zu erweiſen verbunden*, *ferner darauf zu erkennen*, *was recht iſt. V. R. W.* Additis ratt. *Dieweil*, *wenn Klägerin ihren*, *wider Beklagte gemachten Anſpruch aus dem der Klage angefügten Documente* ſub. A Fol. 4. *ſofort für erweislich achten wollen*, *derſelben obgelegen hätte*, *ſofort Anfangs*, *unter Anſtellung des Executiv-Proceſſes*, *deſſen Anerkennung zu fordern; Dagegen ſie dieſes zu thun unterlaſſen*, *und vielmehr darauf*, *daſs Beklagte zur Antwort auf die Klage vorgeladen worden*, *angetragen*, *mithin nunmehro der ordentliche Proceſs vorhanden*, *und eben deſswegen der gemachte Anſpruch vorerwähnter Urkunde halber*, *wenn auch der darinne gebrauchte Ausdruck*, *wonach Beklagte jährlich* 25 *Rthlr. nicht zu bezahlen*, *ſondern beyzutragen verſprochen*, *nicht für bedenklich geachtet werden will*, *keinesweges für liquid zu achten*, *ſondern das Augenmerk einzig und allein auf die Beſchaffenheit der Beantwortung oder der Litis-Conteſtation*, *wodurch*, *als durch einen Quaſi-Contrakt*, *die Fortſtellung des Proceſſes beſtimmt worden*, *zu richten iſt; Welchemnach*, *da Beklagte das wider ſie angezogene Verſprechen zwar zugeſtanden*, *dabey aber*, *daſs ihnen Gegenſeits von Klägerin gewiſſe unerfüllt gebliebene Verſprechungen geſchehen*, *und ſie dadurch der übernommenen Verbindlichkeit nachzukommen behindert worden ſeyn*, *Ausfluchtsweiſe vorgeſchützet*, *daſs der Grund der Klage eingeſtanden ſey*, *ſo ſchlechterdings nicht zu behaupten*, *ſondern zuförderſt nach Art und Eigenſchaft des ordentlichen Proceſſes der Beweis dieſer peremtoriſchen Ausflüchte abzuwarten*, *ſo iſt u. ſ. w.*

RESPONS. XX.

In caufa minorennis aliusue priuilegiati petitio dilationis, exhibendae probationis caufa, faepe confultius intermittitur.

Lex iudiciaria repetitae praelectionis Tit. XX. §. 3. *fq.* fi probatio intra tempus lege flatutum et fententia praefcriptum, quod fciunt omnes terminum faxonicum effe a re iudicata computandum, perfici non patitur, dilationis petendae veniam dat. Eandemque, modo propofitum litem protrahendi iurato negari poteft, femel, et, ad priuilegiarios quod attinet, bis repetita vice largiendi copiam iudici facit.

Ex quo colligi poffe videtur, etiam priuilegiarios, fi dilationem petere negligant, probationis fieri expertes, vt noua actione et laefionis probatione opus fit. In qua fi quis forte opinione eft, vehementer errat. Vt potius, quem ad modum contra alia fatalia, quae, quam primum praeterlapfa funt, laefionem per fe inducunt, minorennibus, et qui cum iis eodem priuilegio potiuntur, aeque contra elapfum fatale probationis, breui manu, id eft flatim in integrum reftitutionis beneficium, modo eodem in re praefenti nondum gauifi fint, tribui debeat. Et quoniam hoc iure nemo, nifi lege expreffa, vel fententia vim iudicati nacta priuatur, in d. §. 4. Tit. XX. vero iudici poteflas tribuitur, quin iubetur, litteris, quibus tertiam dilationem concedit, addere comminationem amittendae reftitutionis, fi intra hoc fatale probatio non exhibeatur, confequitur, confultius effe, eius petitione fuperfedere.

Qua quidem intermiffa, falua vel per longiffimum tempus probandi venia, caufa quiefcit, donec aduerfa-

 rius

rius probaturi contumaciam accuſat. Quo demum facto, ſententia fertur, quae intra proximum terminum Saxonicum probandi facultatem iterum tribuit, addita comminatione iacturae reſtitutionis, ac damnatione in expenſas termini aduerſae parti reſtituendas. Quod per ſe damnoſum in cauſis magni momenti, in quibus probanti media diſperſa hinc illinc magno temporis impendio conquirenda ſunt, ad tuendam rem ipſam proficere poteſt.

Ad euincendam huius obſeruationis veritatem, ſi quis praeter ignaros, quos paſſim produnt acta iudicialia, dubitaret, tot poſſent iudicata afferri, quot haec ſcribendi opportunitas non caperet.

RESPONS. XXI.

De effectu iurisiurandi delationis, qua reus ad firmandam exceptionem in disputatione super libello vtitur.

Illimitatam illam licentiam, deferendi aduersario super re controuersa iurisiurandi, iure Ciuili datam, *l.* 25. §. 3. *d. Probatt. l.* 34. §. 6. *l.* 38. *d. Iureiur.* vt vel, minus prospere peracta probatione, ea vti liceat, iure Saxonico restrictam ac limitatam esse, lege iudiciaria O. P. S. Tit. XVIII. §. 1. comprehensa docemur. Vt videlicet iurisiurandi delatio ac probatio sibi inuicem opponantur, ac vnicuique incumbat, ab initio litis secum consulere, probationem contra aduersarium suscipere, an iurandi conditionem ei offerre malit; Nec liceat, alterutro electo, ad alterum confugere, multoque minus alterum alteri superaddere, quanquam, quominus ad documenta ac testimonia simul prouocemus, nihil impedit. Quibus, quum decantata sint, amplius confirmandis facile supersedemus.

Et quemadmodum huius rei veritatem, ad actorem quod attinet, innumera iudicata confirmant, rei, quem excipiendo actorem fieri docemur, non meliorem conditionem esse, per eandem legem iudiciariam, §. 4. vix dubitatio superesse videtur. Quid enim facile his verbis apertius: *Da aber der Beklagte Klägern das* Fundamentum exceptionis *ins Gewissen schieben wollte, soll ihm solches so lange frey stehen, bis ihm derowegen Beweisung auferlegt wird, oder er sich selbst dazu erbeut*, et paucis interiectis, *nach auferlegtem Beweis aber, oder wenn er sich selbst dazu erboten, soll er ferner zur Delation nicht gelassen werden.*

Quis non ex his consequi iudicauerit, quemadmodum actor, interlocutione probare iussus, articulis probatorialibus (quibus elisiuos opponi omnes scimus) iurisiurandi delationem frustra subiicit, hanc veniam aeque minus reo patere, articulos, vt veritatem exceptionis euincat, construenti. Vt idonea ratio praxeos mihi non appareat, quae sententias offert huic conclusioni parum consentaneas. Si, oblatis quidem eiusmodi exemplis, interlocutiones prodire conspicimus, quae reum iubent oppositam exceptionem probare, simulque actori reprobationem, tandem vtrique deferendi iurisiurandi veniam recipiunt. Vt legis dispositionem verbis finalibus modo adiectis comprehensam, vsu contrario constante eodemque perpetuo abrogatam esse extra Saxoniam Electoralem vix dubitatio superesse videatur. Ad hanc enim quod attinet, O. R. Tit. XXI. §. 2. deferendi iurisiurandi facultatem reo omnino, et indistincte, in probando an reprobando versetur, restituit.

Ex hac igitur lege prodiit liberius reo in confirmandis defensionibus arbitrium, quam petitionibus actoris patet. Siquidem iura ad liberandum, quam ad obligandum, proniora actori minus fauent, quam reo. Modo hic libertate in probando variandi se ipsum temere non priuet. Quod si enim, non expectata probationis venia, excipiens contra petitionem actori simul iurandi conditionem offert, hunc quasi arbitrum contra se constituit. Vt in hoc loco iudicem oporteat respicere, actor hanc transactionis viam inierit, an minus, et, hoc facto, interlocutionem suam ad probationem dirigere, simulque deferendi iurisiurandi copiam dare; sin contra iurisiurandi acceptione transactionem sibi oblatam actor inierit et absoluerit, hoc iure quaesito eum non destituere, in hunc modum potius

tius vſitata formula: *Würde Kläger den über die vorgeſchützte Ausflucht bereits geleiſteter Wiederbezahlung ihm* ſol. *angetragenen und angenommenen Eyd in der Maaſse, daſs er die klagbar gemachten zweyhundert Rthlr. weder ganz noch zum Theil* (ſiquidem legem §. 8. Tit. V. Ordinat. Recogn. comprehenſam, ſumma ratione ſuffultam, non minus extra Saxoniam Electoralem fugiendi periurii cauſa ſequi ſolemus,) *von Beklagten zurück erhalten habe, nach vorhergehendem des letztern Eyde für Gefährde ſchwören, ſo iſt Beklagter nurgedachte Summe nebſt Verzugs-Zinſsen von Zeit der erhobenen Klage angerechnet, demſelben zu bezahlen ſchuldig*, litem finire.

RESPONS. XXII.

De damno, quod per ineptam iurisiurandi delationis cum aliis probandi mediis cumulationem contrahitur.

Neminem praeterit, vſum iurisiurandi delationis ſimul cum aliis probandi mediis Ius Saxonicum non ferre. Vt vix ſatis demirari poſſimus, ſi eiusmodi exempla interdum prodire conſpicimus. Quid inde damni proueniat, plures ignorant. Non enim, quod ignari cauſarum patroni ſibi perſuadent, oportet, vt iurisiurandi delatione excidant. Vt potius ab aduerſarii arbitrio pendeat, quo malit inepte deſerentem probandi medio deſtitui. Quod ſi enim iurandi conditioni ſe offert, et ineptitudinem ſimul factae prouocationis ad edendum et recognoſcendum inſtrumentum, audiendosue teſtes vrget, iudici incumbit hanc voluntatem ſequi, et negligere deferentis, etiamſi a delatione deſiſtere ſe velle profiteatur, contradictionem, quandoquidem acceptione oblatae iurandi conditionis transactio abſoluitur, vt iurisiurandi praeſtatione a petitione liberetur. Quod hac pronunciandi formula exprimere ſolemus: *Daſs Beklagter den über den 9ten Beweis-Artikel ihm angetragenen und angenommenen Eyd nach vorhergehendem Klägers Eyde für Gefährde zu ſchwören ſchuldig, und hat des letztern auf Herausgabe und Anerkennung der dabey* ſub ⊙. *angezogenen Urkunde, (oder auf Abhörung derer angegebenen Zeugen,) gerichtetes Suchen nicht ſtatt.* Adeoque tum demum, ſi aduerſarius delatum iusiurandum reſpuit, reliqua probandi media ſimul adiecta ſubſiſtunt.

RE-

RESPONS. XXIII.

Exceptio a regula, quae iurisiurandi delatione, aliisque probandi mediis ſimul vti prohibet.

Quoniam ab aliis argumentis ad confirmandam petitionem in lite iudiciali adductis iurisiurandi delatio in eo differt, vt illis vel actor vel reus veritatem ſuae ſententiae iudici perſuadeat, hac vero tranſigendi ſimul copiam aduerſario faciat, vt videlicet vel contrarii veritatem religioſa aſſeueratione confirmet, vel petitioni concedat, vtraque ſimul via incedere non licet, ſi lite quidem, principalis ſit, an incidens, et in proceſſu auxiliatrix, per transactionem finita, media probandi ad eam directa ſimul ſuperflua et inania apparent, vt, qui litem proſequi eandemque ſtatim finire ſimul velit, ſibi ipſi contradicere videatur. Haec vero quum ei contradictio obiici non patiatur, qui alii probandi medio principaliter inhaeret, et iusiurandum in euentum, ſi eo forte deſtituatur, defert, quoniam legis ratio deeſt, ipſam prohibitionem deeſſe, iure meo concludere mihi videor.

Quod ſic nolim intelligi, me litigantibus iurisiurandi deferendi veniam largiri in euentum, ſi peracta probatione nihil effecerint. Quod, quoniam peracta probatione et effluxo termino probatorio nouam inſtituendi probationem Ius Saxonicum nemini veniam dat, nefas. Hoc unum volo, in ipſis articulis probatorialibus licere, documentum ab alio poſſeſſum in probationem adducere, et in euentum, ſi eius compos futurus non ſim, aſſerti fidem iurisiurandi delatione facere. Quod ſi euenerit, nec aliud quippiam, (forte, ſi probatorius non eliſiuus appareat articulus) iurisiurandi

randi delationi obſtet, ſententia huic deſiderio reſpondet in hunc circiter modum concipienda: *Daſs Bekl. die mit ⊙ bezeichnete Urkunde unter der Verwarnung, daſs er widrigen Falls des 9ten Beweis-Artikels für geſtändig geachtet werden ſolle, heraus zu geben, oder, daſs er ſie weder beſitze noch gefährlicher Weiſe habe von Händen kommen laſſen, auch, wo ſie ſonſt anzutreffen ſey, nicht wiſſe, zu ſchwören ſchuldig, und iſt er letztern Falls mit Herausgabe gedachter Urkunde zu verſchonen, auch in Anſehung des über den Inhalt gedachten Artikels deferirten Eydes ferner, was Rechtens, zu erkennen.* Cui ſi ſententiae iuramenti editionis praeſtatione morem geſſerit, adeoque actor documento deſtitutus appareat, iusiurandum ſuper articulo delatum, ſi prius actor pro auertenda calumnia iurauerit, praeſtare iubetur.

RE-

RESPONS. XXIV.

Deferendi iurisiurandi magis, quam probandi, venia restricta.

Qui teſtatorem importunis ſollicitationibus ad haeredis inſtitutionem redactum, vel vi coactum, in libello profitetur, vel creditorem profert dolo inductum, vt, non accepta pecunia, apocham dederit, admittitur ad probationem, qua huiusmodi aſſertionis fidem faceret. Quodſi haec ita geſta fuiſſe affirmet, et iurisiurandi conditionem aduerſario offerat, ineptitudinis cauſa a limine iudicii repellitur. Cuius ſi diuerſitatis ex me rationem quaeſiueris, haec eſt, quoniam per probationem factorum, e quibus vis vel dolus diiudicari poſſit fides iudici fieri, adeoque, quod deficit, ſuppleri poteſt, iurisiurandi vero ſuper vi vel dolo delatione, quod ſolius iudicis arbitrio debetur, vt facta, doloſa ſint, an violenta, cenſeat, partium iudicio committuntur.

Nimirum hoc vnum, factum quid, an infectum ſit, aduerſarii religioni committere licet, quid vero ex facto in iure conſequatur iudicare ſoli iudici relinquendum eſt. Doloſi enim et violenti quaeſtio iuris eſt, non facti, eamque adeo aduerſario proponere ineptum. Cenſere, quid teſtator voluerit, et an vere voluerit, iudicis eſt, non partium, *l.* 7. *C. d. Fideicommiſſ.* Argumenta ab haerede ſcripto teſtatori propoſita haeres legitimus ſibi perſuadet veritati contraria, reſpectu ſui calumnioſa adeoque doloſa fuiſſe, vel modum perſuadendi vim inferentem certe importunum, adeoque excluſam ſentiendi libertatem voluntatemque teſtatoris, ſaltem conſtrictam. Haec vero ex geſtis concludi pa-

tian-

tiantur, an minus, quis facile negauerit a ſolo iudice aeſtumandum eſſe.

Ob eamque rem quum menſ. April. anni 1797. actor coram Praefecto Lauterſteinenſe varia ab haerede petiiſſet, a defuncto ſibi debita, omiſſa factorum expoſitione, quibus debita contracta fuerint, ſimulque interpoſita iurisiurandi religione, eum non audiendum eſſe duximus his verbis: *Dieweil Kläger, worinne die verſchiedenen Unterſtützungen beſtanden, welche Beklagtens Erblaſſer funfzehn Iahre lang von ihm empfangen habe, nicht angezeiget, und gleichwohl der Gewiſſensrührung darüber ſich gebrauchet, eben ſo wenig auch Beklagter aus dem unbeſtimmten Angeben gereichter Lebensmittel, ob daraus eine Verbindlichkeit erwachſen ſey, zu beurtheilen vermag, jemehr derſelbe, daſs der verſtorbene bey Klägern gearbeitet habe, angeführet, und wenn gedachte Lebensmittel in der bey ſolcher Gelegenheit gereichten Koſt beſtanden haben ſollten, ſie in den Lohn für die gethane Arbeit, einzurechnen ſeyn würde, ſo hat Kls Suchen, inmaſsen es angebracht worden, nicht ſtatt. V. R. W.*

RE-

RESPONS. XXV.

Reconuentio fert interdum exceptiones haud connexas.

In variis capitibus Processus Iudiciarii Saxonia a praeceptis Iuris Ciuilis recedit, prospero saepius, quam minus felici, successu. Inprimis ex illa litium cumulatione, quam propter veniam reconueniendi Processus iuris communis admittit, in tantam saepius acta iudicialia molem excrescunt, vt vix curatissimo iudici pateat litium exitus. Quam ob rem reconuentionis ad exceptiones connexas restrictio petitionibus rite aestimandis ac decidendis egregie inseruit. Iustior profecto et magis commoda huius restrictionis ratio cogitari non potest. Quae quum ita sint, judici incumbere debet, si petitiones intellexerit in reconuentione propositas, quarum altera conuentionem ingrediatur, altera non, admissa illa, hanc ad sui iudicis tribunal delegare.

Omne tamen omnino discretionis arbitrium in hac re dicasteriis denegandum non esse, persuasum habeo. Occurrebat nuperrime exemplum eiusmodi petitionis in reconuentione, cui aequitas patrocinari videbatur. Potior exceptio reconueniendo proposita supponebat partem pecuniae conueniendo exactae antea redditam, altera mercedem, pro operis a reo praestitis debitam, adeoque ab actoris petitione plane alienam. Constat enim inter omnes, compensationem, quanquam mutuas ipso iure obligationes extinguit, inter connexas non collocari exceptiones. Stricto igitur iure hac mutua petitione reus non erat audiendus, cuius tam exiguae, vt litis propterea instituendae sumtus non exaequasset, admissionem aequitas flagitabat. Hanc secuti

ſumus his verbis: *Würde Wiederbeklagter E. S. P. daſs er nicht wiſſe, auch nicht glaube, daſs Wiederklagender C. G. A. ſeines Pflegbefohlnen C. F. F. Erblaſſern I. D. N. auf die als rückſtändig eingeklagten* 40 *Rthlr. Zinnſen* 20 *Rthlr. abſchläglich bezahlet, ingleichen für Leinſamen und Ackerarbeit auf* $10\frac{1}{2}$ *Jahr* 10 *Rthlr.* 12 *Gr. im Rückſtande gelaſſen habe, ſchwören, anerwogen, wenn ſchon dieſe letztere Poſt eigentlich als ein beſonderer Anſpruch in die Wiederklage nicht gehörig, gleichwohl, da er mit einer dieſsfalls ſchicklichen Gegenforderung verbunden worden, dieſes geringfügigen Gegenſtands halber einen beſondern Prozeſs zu verhängen, und mehrere Koſten zu veranlaſſen unbillig ſeyn würde, ſo iſt Wiederbeklagter von der erhobenen Klage zu entbinden etc.*

RESPONS. XXVI.

Num, qui in termino productionis abest, indistincte iudicandus sit, probandi media deseruisse.

In formandis sententiis, quas pragmatici appellant in contumaciam ferendas, dicasteria non omnino conspirare, nemo facile ignorat. Alia reum, qui, litem contestando, quoad narrationem factorum ab ipso commissorum nesciendo respondet, confessum et conuictum pronunciant, alii nescientem neganti aequiparant. Qua quidem in re si inter facta antiqua et recentia distinguendum esse hercifcundus existimaret, quod reprehenderem, vix inuenirem. Alii, si reus citationi morem gessit, legi iudiciariae vero circa formam, litis contestationi praescriptam, non omni ex parte obtemperauit, sibi vix constant, vitiorum vel in citatione ipsa, vel eius insinuatione commissorum ratio haberi debeat, an minus? Quod equidem affirmare, et aduocatum mulctare malim. Alii, si reus primo termini die in iudicio adfuit, litem vero prosequi et contestari, nec non actor eius contumaciam accusare intermisit, reum pro confesso habendum et condemnandum, alii nouum ex circumductione terminum esse constituendum, quibus equidem accedo, quoniam, quae mitius responsum praebet, rapienda est occasio, existimant. Nec desunt alii super effectu contumaciae dissensus, quos singulos persequi supersedeo.

Subsistam in vno, quod nupperrime ex actis iudicialibus in causa Z. contra W. coram praefecto Leucopetrano gestis apparebat.

Videlicet reus, probationis propter exceptiones peremtorias ei impositae causa, articulos, iuncta docu-

 men-

mentorum consignatione ac descriptione, iunctisque eorum copiis, quum obtulisset, euocatus a iudice, vt originalia exhiberet eorumque ab aduersario recognitionem expectaret, die in hanc rem praefixo non comparuerat, et contra contumaciae accusationem ab actore factam hac vna defensione ex *Tit. XIII. §. vn. O. R.* verbis *noch vor Ausfertigung der Citation etc.* vsus fuerat, se ob intermissam cautionem inpensarum processus ergo praestandam, ad litem cum actore continuandam non obligari, donec hic sententiae paruisset. Quae quum exceptio ne quidem obligationem litem contestandi per ea, quae in §. *1. Tit. XI. d. O. R.* legimus, suspendat, multo minus eius continuationem morari valebat. Adeoque existimabamus, dispositionem Tit. XX. §. 7. ac Tit. XXV. §. 1. quarum illa sic habet, *da hingegen der Producent, wenn er in dem anberaumten Termino nicht erscheinet, an solchen Zeugen, und an denen Documenten, so ihm zu produciren obgelegen — — sich versäumet,* et haec desertionis poenam diserte statuit, huc pertinere, et propterea contumaciae accusationi ab actore interpositae concedendum esse. Siquidem illa lex eius quidem, contra quem probatur, intuitu, fictae confessionis vel recognitionis, non in probante praeuiam desertionis requirit comminationem. Quod, quum hic ipse terminum constitui roget, ac impetret, mirum videri non debet.

Ferebamus igitur pro more inter nos consueto, obsequio huius legis ducti, sententiam his verbis conceptam: *Dieweil nach Vorschrift der Erl. Pr. Ord.* Tit. XI. §. 2. *die Fatalia des zuerkannten Beweises, wenn schon den dilatorischen Ausflüchten noch nicht abgeholfen, nicht suspendiret werden, sondern ihren Fortgang haben, und von dieser Regel die einzige allhier nicht eintretende Ausnahme, wenn vor allen Dingen auf* legitimatio-

mationem ad caussam *erkannt*, *gestattet worden*, *zu Salvirung des Beweises aber nicht nur*, *daß er binnen der gesetzmäßigen Frist übergeben*, *sondern auch im Productions-Termine gebührend fortgestellet werde s.* §. 7. Tit. 20. *der Erl. Pr. Ordn. nöthig ist*; *Und denn Bekl. im anberaumten Productions-Termine*, *wozu er die Ladung erhalten zu haben* fol. 166. *eingestanden*, *nicht erschienen*, *und überdem deshalb vom Kl. Ungehorsams beschuldiget worden*; *So hat Bekl. an dem* fol. 70. *ihm nachgelassenen Beweise sich versäumet*, *derowegen es bey dem* fol. 69. sq. *befindlichen rechtlichen Erkenntniße nunmehro schlechterdings zu lassen*, adiecta rei in expensas processus condemnatione.

Senatus Prouocationum vero nos male iudicasse, et in hunc potius modum decernendum esse, censuit: *Daß Appellant am Beweise sich nicht versäumet*, *dannenhero es etc.* — — *sondern es ist des förderſamsten ein anderweiter Productions-Termin*, *wozu beyde Partheyen unter gesetzlicher Verwarnung*, *und Appellant besonders* sub poena desertionis *vorzuladen sind*, *anzuberaumen*, *ferner darauf zu beschehen*, *was recht ist. Es wird auch zu dem Ende diese Sache an vorigen Richter billig remittiret. Jedoch ist derselbe*, *da bey der an Appellanten ergangenen* fol. 145. *befindlichen Vorladung die Vorschrift der Erl. Proz. Ordn.* Tit. IV. §. 1. *und* Tit. XXV. §. 1. *nicht gehörig beobachtet*, *und dadurch ein vergebliches Verfahren veranlaßet worden*, *die* fol. 159. *angesetzten*, *und* a fol. 160. *bis* fol. 215. *fernerweit verursachten Unkosten denen Partheyen abzufordern sich zu enthalten*, *hingegen die* ixt. fol. 145. *bereits bezahlt erhaltenen Gerichtsgebühren wieder zu erstatten*, *auch die Sportel-Casse in Ansehung des baaren Verlags zu entschädigen verbunden.* Nitebatur itaque nostra sententia in §. 7. Tit. XX. quae contra aduersa-

 rium

rium confeſſi et conuicti poenam praeuia demum eius per citationem comminatione conſtituit, probantem contra ſtatuto die in iudicio non comparentem ſimpliciter, non ſimul conſtituta comminationis praemittendae neceſſitate, omnium, quibus in articulis vſus fuerit probandi mediorum, quippe teſtium, documentorum et iurisiurandi delationis expertem eſſe iubet, idemque, documenta quod attinet, §. 1. Tit. XXV. iisdem verbis repetit. Ex quo, haud neceſſariam eſſe praeuiam deſertionis comminationem, eo iuſtius inferre nobis videbamur, quo apertius iſta oppoſita iuxta ſe poſita hanc interpretationem iuuant, et quo magis ipſa haec diuerſitas cum iuris ratione conſpirat. Siquidem is, qui articulos probatoriales exhibet, litteris, quibus eam iudici offert, ſimul productionis terminum impetrare ſtudet, et ſi in hoc peragenda intermittit, ſuo ipſius facto aduerſatur, vt adeo pari cum altero, in quem inuitum omnia peraguntur, fauore dignus eſſe non poſſit. Quam ob rem, noſtra interpretandi ratio ſententiae et voluntati legislatoris conſentanea ſit, an minus, aliis iudicandum relinquo.

Contra iudicio Senatus prouocationum vnice patrocinatur §. 1. Tit. IV. verbis: *Solches auch im Fortgange des Prozeſſes, ohne Unterſchied, ob es Klägern oder Beklagten, ingleichen Impetranten oder Impetraten betreffe, bey allen und jeden Citationen, welche unter einer gewiſſen* Commination *geſchehen, oder wo es ſonſt auf ein Fatale ankommt, beobachtet werden*, et ſuppoſitio, legem hoc loco propoſitam nullam admittere exceptionem. Hanc igitur ſententiam ſequar, ſiquidem occaſionem ſponte et lubenter arripio, quae benignius reſponſum praebet.

Vt vero appendicem in illa Senatus ſententia ad iudicem directam ſimul probem, a me impetrare non

possum. Nimirum scimus, arctatoria iudicis praecepta, licet ob defectum legis vel rei iudicatae simul peremtoria esse non possint, a partibus impune haud negligi. Scimus omnes, vbi non recognitae, sed antiquae Saxonum legi iudiciariae parendum est, qui citationi morem non gerunt, modo tempus legitimum concessum reperiatur, hoc certe damnum incurrere, vt expensas termini vel praeteriti, vel, pro re nata, futuri ferre, et aduersario restituere iubeantur, et compellantur, idemque inter nos incommodum sequi eos, quos in integrum restitutionis beneficium contra aliud grauius dispendium, vel causae ipsius iacturam tuetur. Accedit, iura nosse non magis iudici, quam aduocatis incumbere. Peccasse igitur aduocatum immorigerum et legi non obtemperantem, plane indubium, id vero vehementer dubium, vitio vertendum sit iudici, an minus, qui poenam lege comprehensam aduocato nunciare superuacaneum, et inutile, nec non, ob virtuale iuris ignorantiae opprobrium, in ipsum causae patronum quodammodo iniurium duxerat. Ex quibus, si quid video, consequitur, in re praesente impensas, si non contemtu, certe neglectu legis contractas, non iudici, sed causae patrono ex suo, non clientis, patrimonio incubuisse. Vt adeo illum rigorem in iudicem, et indulgentiam in reum immorigerum commissam eo magis miratus sim, quo magis vtrumque non solum legis iudiciariae ratio, sed etiam lex d. 12. Aug. 1670. ad hunc Senatum directa, Ordinat. Rec. sub num. XIX. adiecta improbare, nostramque simul sententiam tueri videtur.

RESPONS. XXVII.

Instituto inepte processu executiuo, quanquam reconuentioni locus denegandus est, reconuentus tamen expensas litis non recipit, vt hae potius compensandae sint.

Quidam V. actione contra emtorem K. ad implementum emtionis instituta instrumenti recognitionem postulauerat, simulque, suae causae non omnino confisus, iudicem implorauerat, vt in euentum, si precibus hisce non concedendum esse iudicantibus videretur, simul reum iuberet respondere, litemque contestari. Quam petitionem postquam iudex secutus in citatione instrumentum recognoscere iusserat, simulque, in euentum deficientis executiui processus, respondere, morem gerere reus satius fore ratus, negata, ob exceptiones processus executiui ineptitudinem loquentes, recognitione, litem contestatus fuerat, simulque ob executiuum processum principaliter institutum parauerat reconventionem. Quo facto, quum apparuisset, instrumentum, ob omissam rei venditae idoneam descriptionem, per se ad condemnandum reum non suppetere, adeoque processu ordinario opus esse, non dubitauimus liti a reo contestatae inhaerere, et actori eorum, quae reus negauerat, probationem imponere, simulque adeo reconuentioni locum denegare. Quod quum videretur expensarum restitutione reconuenientem onerare, hanc in proposito exemplo consecutionem negauimus, iustius fore rati, si has ab actore reus impensas reciperet. Ille enim, quem elegerat executiuum processum, quum idoneum agnouisset, simul reconuentionis, cui ipse sua petitione causam dederat, non poterat non aptitudinem agnoscere. Verum enim-

enimuero nec reus insons apparebat. Obiecerat ineptitudinem actoris petitioni. Huic exceptioni insistendum et sententia expectanda erat. Vt adeo de impensarum onere, quod alter ignorantiae, leuitati alter acceptum ferebat, ex neutra parte iusta querela apparuerit. Quam ob rem causa eiusmodi a Praefectura Chemnitiens. his ipsis diebus oblata decreuimus: *Dieweil nach Ausweisung derer beygelegten Ackten dem intendirten* Executiu Processe *nicht statt gegeben, vielmehr auf Beweiss der angestellten Klage erkannt, mithin der Rechtsstreit in den ordentlichen Process eingeleitet worden, so hat Wiederklägers Suchen nicht statt, die auf diesen Process verwanten Unkosten aber sind, da Wiederbeklagter solche selbst veranlasset, billig gegen einander aufzuheben V.R.W.*

RESPONS. XXVIII.

Mortui designatio in concursu creditorum heredi prodest.

Propositam quaestionem si Domitianam dixeris, non valde mirer. Quis enim facile dubitauerit, nondum exhausta debitoris et heredum eius massa, quod in feudis, ob simultanee inuestitorum interesse, alienari prohibitis, frequenter contingit, iustam esse filii petitionem eius, quod patri, ob interventionem creditoris magis priuilegiati, quondam negabatur. Verum hoc non est, quod volo. Pono, Cornelium Anglum vel Batauum vel etiam extorrem, quum eius debitor in Saxonia Titius bonis lapsus fuisset, per nouellas euocatum Sempronio mandasse, vt, quod sibi deberetur, ex chirographo simul transmisso inter caeteros creditores peteret. Breui post Cornelium fato concedere, Sempronium ex producto chirographo, quod illi deberetur, in termino creditoribus praefixo petere, illudque Cornelio in sententia, quam locatoriam vocant, adscribi. Facta dein distributione Cornelii heredes defuncto debitum petere.

Quo facto quum ex instrumentis, legitimationis caussa exhibitis, apparuisset, Cornelium ante diem creditorum petitionibus indictum, (*dem sogenannten Liquidations-Termine*) obiisse, litis curator inanem esse heredum petitionem excipiebat. Rationibus instructus. Mandatum morte mandatoris *l.* 26. *l.* 58. *D. Mand.* solui, hinc neque Sempronii petitionem, neque Cornelii mentionem in sententia factam aliquid efficere posse, vt potius, quum haec omnia iure nulla quasi infecta habenda sint, generalis praeclusio creditorum, qui non comparuerint, Cornelii haeredibus obstare debeat.

beat. Praesertim, quia restitutionis in integrum beneficium causae concursus contra illos opituletur.

Nos vero actis iudicialibus a Senatu Luccauiens. acceptis, quia facti ignorantia nemini, praesertim de damno vitando certanti haud nocet, ipsaeque leges adductae mandatarii, mortem ignorantis, gesta sustinet, et quia sententia locatoria immediate in constituendis creditis versatur, ad creditores mediate pertinet, denique quia restitutionis beneficium non nisi laesis auxiliatur, iustam Cornelii haeredum petitionem esse decreuimus his verbis: *Weil G. E. K.* 65 *rthlr. nebst denen davon rückständigen Zinnssen bes.* fol. 171b. 210 sq. *und* 331 ff. *rechtskräftig zugesprochen worden, und dieses, ob er schon zu solcher Zeit bereits verstorben gewesen, da nicht sowohl der Gläubiger, als das ihm gebührende in Ansatz gekommen, Klren als dessen bes.* fol. 366 sq. *gnüglich legitimirten Erben um so mehr zu statten kommen muss, jeweniger des* Mandatarii, *welcher des Mandantis Tod nicht gewusst, dem Auftrage gemäss unternommene Handlungen,* l. 26. *und* 58. D. Mand. *ingleichen* §. 10. I. Mand. *schlechterdings für unkräftig zu achten sind; Dagegen in Erwägung, dass die Richtigkeit der Anforderung nicht zu bezweifeln, wegen ermangelnder* laesion *dem Creditwesen wieder die unterbliebene* praeclusion *einige* restitution *nicht zu statten kommen kann, so hat Bekltens* Curatoris litis *hierauf gerichtetes Suchen nicht statt. V. R. W.*

 RE-

RESPONS. XXIX.

Quod regulae, si vinco vincentem te, vinco te ipsum, iustos limites continet.

Si memores et sollici̇ti inuestigatores essent ICti eorum, quae PAVLVS in *l. 1. d.* R. I. proponit, *non ex regula ius sumendum, sed ex iure faciendam esse regulam, brevem quippe rerum narrationem, et quasi causae coniectionem, quae simul, quum in aliquo vitiata sit, officium suum perdat,* non obuenirent implicatissimi isti nodi, quibus ex peruersa et inepta exemplorum ad iuris regulam coactione adeo saepius irretimur, vt vix exitum inueniamus. Idem contigit regulae, quam in *l. 14. §. 3. D. d. diuers. temporall. praescriptt.* SCAEVOLA tradit his verbis, *qui me potior est, quum ego te superaturus sim, multo magis adversus te obtinere debet.*

Legis, ex qua haec verba desumta sunt, contiguitas satis aperte notat, ICtum in mente habuisse plures rei alicujus possessores, quorum alter alteri successerit, actionemque ad eam rem consequendam ei tribuere voluisse, cui ea potissimum deberetur, contra eum, cum quo nihil negotii intercessisset, ob id, quod haberet actor eum sibi obligatum, cui restitutionem possessor deberet, et a quo causam possidendi nactus esset. Ex hac iuris successione pignoris restitutioni Caius obligatur Sempronio, cui Titius ab illo sibi obligatum pigneravit, non, quod rem oppignoratam possidet, scimus enim rem alienam pignori obligari non posse, verum, quia Titio debet, qui a Sempronio superatur. Idemque adeo Caius a restitutionis obligatione liberatur, quam primum pecunia Titio soluta rem a pignoris nexu liberauit, quia solutione obligationis eius simul

mul ſucceſſio euaneſcit. Vt tum praeter perſonalem contra Titium actionem, nihil Sempronio iuris ſupereſſe poſſit.

Igitur ſi ponamus, ſeruitutem viae ſub conditione negatiua promiſſam, ſtipulantemque, poſtquam, praeſtita Muciana cautione, exercendi veniam obtinuerat, fundum cum via vendidiſſe ac tradidiſſe: An erit ſucceſſori actio contra promittentem viae exercitium prohibentem? Erit. Non confeſſoria quidem, quia ponimus conditionem adhuc pendere, ſed, quia venditor, cui promiſſor tenetur, emtori obligatur. Vt obtinere debeat ex ICti ſententia, quia potior eſt venditore promittentem ſuperaturo. Contra realis illa obligatio ex conditionis a ſtipulante repromiſſae defectu ſimul euaneſcit.

Habet haec iuris aequitas magnam ſimilitudinem cum illa, cui Praetor actionem Publicianam ſuperſtruxit, qua poſſeſſionem bona fide et ex iuſta cauſa non a domino nactus, rem caſu amiſſam contra infirmiori iure poſſidentem perſequitur, *l. 1. pr. l. 7. §. 11. D. d. Public.* vt vel contra dominum perſequi liceat, cui poſtquam ipſe ex iuſta cauſa tradiderat, eius dominium obuenit *l. 72. D. d. R. V. l. 4. §. 32. d. dol. except.* Videlicet vtriusque actionis, huius, et quam *d. l. 14. d. diuerſ. temporall. praeſcript.* ſuggerit, mater eſt iuris aequitas, quae exigere videtur, vt cuius in re ius potius appareat, ad eam conſequendam actio detur, etſi fundamentum, in quo iure ſtricto nitatur, deficiat. Ob eamque rem ſecundum *d. l. 1. d. R. I.* non inique mihi videor colligere poſſe, vbi nulla ſubeſt temporis acceſſio, ſiue iuris ſucceſſio, quam ſupponit SCAEVOLA in *l. 14. D. de R. I.* nec idem aequitatis deſiderium, ipſam regulam vitiari, ſuumque officium perdere.

Patet

Patet ex his, quam parum iuris rationi respondeat, dum conspicimus in concursu creditorum hypothecariorum, quorum ex tribus ordine tertius priuilegio gaudet, primum quidem sua natura, non item secundum superante, praxin perpetuam ad hanc regulam prouocare, et eius quasi auxilio, tertio primum, primo secundum, secundo denique tertium locum assignare. Scimus nimirum, nostro Saxonico Electorali iure, pariter *Constit. XXVIII. P. I.* atque *O. P. V. Tit. XLIII. §. I.* vxorem dotis causa, caeteros mariti creditores, tacita hypotheca munitos, superare, non item expressa. Vt, concurrente creditore, cui ante nuptias fundus rite sit oppignoratus, et muliere dotem repetente, nemo dubitet, illi prius, dein huic soluendum esse. Contra, si antiquius illo expresso pignore debitum adsit, legali non priuilegiata hypotheca nixum, primum doti, secundum hypothecae tacitae, tertium hypothecae expressae, locum assignari, ex constante iudiciorum omnium vsu intelligas.

Cuius diuersitatis ex me si quis rationem quaereret, hanc darem, dotis priuilegium iure communi generale esse, vt reliquas hypothecas, ex conuentione, an ex lege descendat, superet, istamque adeo eius ad hypothecas tacitas restrictionem, tanquam legem nouam, in concursu pignorum tacitorum, expresso antiquiorum, locum haud iuuenire. Hac vero ratione neminem vti inueneris, vt potius dicant, vxorem, dotem repetentem, ob id, quod hypothecam tacitam antiquiorum superet, simul expressam superare debere. Nec solum fauore dotis, sed in aliis etiam exemplis, ex obuentu creditoris, qui limitato priuilegio pollet, duorumue priuilegiatorum, et vnius non priuilegiati, plerumque tertium priuilegiatum, interdum intermedium, primo loco collocant, semper vsi hac regula, quod vincere

cere debeat vtrumque, qui vincat alterutrum, alterum vincentem, vti ſatis prolixe et optime oſtendit BERLICH. *Part. I. Concl. LXXII.*

Verum ipſe BERLICHIVS, eumque ſecutus CARPZOV. *P. I. C. XXVIII. d. 75.* profitentur, iuſtam locandorum creditorum rationem cognoſci ex vſu debere, ex regula noſtra non poſſe, quia, quouis exemplo nobis oblato, quisque ex tribus creditoribus, idem ex illa contra reliquos videatur habere praeſidium, ſenio primus, vt tertium ſuperet, quod ſecundum antecedit, ſecundus, vt primo praeferatur, quia tertium illo potiorem praeit, tertius denique, vt cum primo ſimul ſecundo anteponatur. Et ſane verum eſt, ex hoc vno, quod ſingulis aeque patrocinatur, apparere, patrocinari eam nemini poſſe, fraudemque legibus facere, qui ex illa creditorum priuilegia metiatur.

Neque id mirum, quum ſupra viderimus, noſtram regulam ſupponere iuris quaeſiti translationem, ceſſionemue, et quaſi quandam iurium ſcalam, per quam, qui iure per intermedium fruitur, ad eum, a quo primum exiit, aſcendat, vt vel ſoluere, vel poſſeſſione cedere, iubeatur, quanquam petitori non promiſit, quia ſuo creditori promiſit, quem is ſibi habet obligatum, vſque dum ſoluendo primus debitor ab ſua obligatione ſe liberauit. Idemque in quauis iurium ceſſione contingit. Ex qua ſcimus debitorem ceſſum a ceſſionario recte conueniri, eundemque ex ſolutione cedenti bona fide praeſtita iuſtam habere contra ceſſionarium defenſionem. Habetque actio pariter atque exceptio ob id locum, quia cedens ac ceſſionarius vnam quaſi perſonam conſtituunt. Sed longe alia res eſt in concurſu creditorum, quorum quisque diuerſo iure ingreditur, et quorum omnium, quotquot de damno vitando certant, et, quod ſuum eſt,

eſt, repetunt; dum eadem eſt conditio, idem debet eſſe fauor, quatenus non lex ciuilis vni alteriue prae reliquis patrocinatur. Cuiusmodi exemtiones quis facile putauerit vltra legis litteram ampliandas?

Quam ob rem, quum noluit Llator, creditorem, cui pignus expreſſum acceſſit, a dote poſtea ſuſcepta ſuperari, aeque minus voluiſſe exiſtimandus eſt, vt anteceſſores eius ſuperentur, vt que hos ſuperando ſimul per circuitum ſuperetur, quem ſuperari prohibuerat. Vt potius propter hanc circumſcriptionem neque directo neque per indirectum dotis priuilegium antiquiori hypothecae expreſſae obeſſe debeat, huiusque adeo interuentione tota res ad naturalem temporis ordinem redire. Quem enim in cauſa ſimili Pontifex in *cap. VII. d. Conceſſ. Praebend. in 6to* ordinem conſtituit, vt ſecundo primum, tertio ſecundum, primo denique tertium locum tribuat, ob cauſas modo memoratas aeque minus probo, quanquam ab vſuali, quam adduxi, creditorum deſignatione in eo differt, vt haec in primum et ſecundum creditorem, Pontificis decretum vero ſolum in eum, qui tempore primus ad beneficium vocatur, ſit iniuria.

Quae hactenus diſputaui, non attuli propterea, vt dotium iura, fori vſu peruetuſto aucta et ſtabilita, imminuam. Vt ſolum demonſtrem, ſpurium eſſe, cui innititur praxis, principium, et creditorum iura in concurſu ex lege, vel conſuetudine cognoſcenda eſſe, ex noſtra regula iudicari, vel conſtitui nunquam poſſe. Huic meo hac de re iudicio, in duabus cauſis haud ita pridem Supremus Senatus Prouocationum ſua ſententia acceſſit.

Claudiae impuberi Sempronius tutor datus, auctore iudice, aedes ſuas pignori expreſſe obligauerat, idemque

que dein a Meuia vxore ducta dotem acceperat. Post Sempronio bonis lapso, haeres Claudiae pecuniae pupillaris residuum, Meuia dotem repetebat. Vrgebat ille praeter tacitam hypothecam, ex quo Sempronius tutor datus fuerit, enatam, simul pignus expressum in aedibus constitutum, antiquius pignore dotem concomitante. Contra haec ex priuilegio anteferri flagitabat, quod, superando tacitum pignus cum vniuersa tutoris substantia aedes comprehendens, simul expressum se superare existimabat. Senatus haeredi Claudiae ex aedibus pignoratis, antequam de dote restituenda laborari possit, iudicauit, esse soluendum. Quod est verissimum. Quam enim contra iuris rationem, vti probasse mihi videor, obtinuit ex fori vsu nostra regula in concursu creditorum auctoritatem, minime debet vltra limites vsu confirmatos ampliari. Vsus patrocinatur vxori, si duo concurrant, inter quos senio potior dotis priuilegio concedit. Adest vnus, tacito pignore infirmior, itemque potior expresso, quo simul gaudet, et quod, vt melius firmiusque pupilli securitati consulatur, iudex adiecit. Huic si ob taciti pignoris accessum nihil efficaciae tribuere velimus, oporteret, lege duriorem esse, quae duobus mediis, in obtinendo fine auxiliantibus, finit, cumulatiue vti, pupillum ipso suo gladio iugulare, et, quod, nullo iure prohibente, consilio maxime laudabili iudex pupilli fauore fieri curauerat, in eius odium detorquere, adeoque, moniti Pauliani in *l. 14. d. LL.* immemores, contra iuris rationem receptum ad consequentiam producere, ipso recepto, iuris rationi magis reluctantem.

Alterum, idemque magis illustre, cuius memini, exemplum, hoc est. Impar creditoribus Dietericus, praedii possessor, bonis cesserat, et euenerat, vt in sententia designatoria post venditorem, cui residuum pretii

pretii ex fundo debebatur, collocarentur, quibus ipſe venditor fundum obligauerat, vltra triginta numero, habita inter hos temporis ratione. Inter hos anteceſſoris creditores, alii, quod parum venditori debebatur, nec imminebat iacturae periculum, tacuerant, aliis, non ob tempore priorum, ſed ob venditoris, praelocationem prouocantibus hanc opem ſecunda tulerat ſententia, vt eos, locis antea aſſignatis exemtos, ſecundum ordinem temporis, quo alter alterum praecedebat, venditori, in ſecunda claſſe conſtituto, praeponeret. Qua poſteriore ſententia quum id efficeretur, vt primum prouocantibus, dein venditori, denique antiquioribus contra primam locatoriam non inſurgentibus ſolueretur creditoribus, iam hi querebantur, et Supremi Prouocatt. Senatus implorabant auxilium, cauſam querelae hanc inprimis interſerentes, primam ſententiam, quod contra ius in theſi eſſet, nihil efficere poſſe, nihilque adeo reſiſtere, quominus tota res ad ordinem legitimum reduceretur. Primo repulſam ferebant, quod videbatur, nullitatis, neque ex mandati neque citationis defectu profectae, querela, elapſo termino Saxonico, deſerta, adeoque venditori patrocinari res iudicata, caeteris, quod venditorem ſua prouocatione ſuperaſſent.

Re vero poſt iteratas preces iterum perpenſa, apparebat, poſſe ac debere conquerentibus opem ferri. Nimirum, qui contra primam ſententiam prouocauerant, omnes, debita ex fundo antiqua, id eſt, a Pomponio venditore contracta vel ſuſcepta poſtulantes, petierant, vt reſiduum pretii in locum iure competentem remitteretur, non, vt aliis ob ſenium pignoris praecedentibus anteferrentur. Quod quum non petiiſſent, iudicatum erat, antiqua debita ſecundum aetatis ordinem eſſe ſoluenda, et ob id notanda et corrigenda ſententia

refor-

reformatoria, quatenus prouocantes inter primam et fecundam claffem collocando, per indirectum, et vltra, quod petitum fuerat, potiori iure munitis antepofuerat. Dein ob omiffam fufpenfionem prioris fententiae aeque pro iudicato habendum erat, quantum Pomponio deberetur detrahi debere, antequam de dimittendis creditoribus, qui acquieuerant, ageretur. Laborandumque adeo de conciliatione duorum iudicatorum.

Conclufionem hanc egregie commendabat fuftinebatque PAVLI refponfum in *L. III. Quaeftion.* fiue *l. 16. qui potior. in pign.* exitus vero ex hifce difficultatibus, ob tot creditorum, quorum alii ab initio prouocauerant, alii non, concurfum, non aeque apertus, ac in exemplo Pauliano, tres creditores comprehendente. Hoc erat expeditum, pecuniam Pomponio debitam tribui debere creditoribus, qui primam fententiam impugnauerant, pignoris fenio reliquos fimul prouocantes fuperantibus, iisdemque infirmiori iure fruentibus, quam ii, qui prouocare neglexerant. Contra, quominus Pomponius fuum reciperet, ex perfonis fibi furrogatis, caeteri fimul prouocantes ipfo non minus potiores habiti impediebant, quemadmodum, ne his illud adiiceretur, occlamabant primae fententiae fubfcribentes, quibus pecuniae Pomponio debitae fimplum ex iudicato, non duplum, decreuerat, et, ne plus fimplo decrefceret, ordo inter antiqua debita, eodem iudicato ftabilitus effecerat. Videbatur igitur ex PAVLI fententia, in dicta *l. 16.* ne inter alios iudicatum alii prodeffet, nihil aliud effectum prima prouocatione, quam, vt Pomponius excluderetur, nequaquam, vt in excludentium locum, ob interuentionem aliorum acque prouocantium, eorundem aliis tempore potioribus poftpofitorum, fuccederet, fuumque adeo, poft dimiffos demum antiquos creditores omnes caperet.

Idque Senat. Prouocatt. his verbis expressit, *Dass NN. und Cons. nicht nach der 1sten und noch vor der 2ten* Classe *in Ansatz zu bringen, sondern es ist der Betrag derer in der 2ten* Classe *angesetzten Posten zu Befriedigung* NN. *dann* NN. *ferner* N. N. *endlich* N. N. *in soweit es dazu hinreichend, zu verwenden; Im übrigen aber es bey denen erkannten* Locationen *zu lassen, und* Pomponio *das für selbigen in der 2ten* Classe *ausgesetzte nach der 35sten und noch vor der 36sten zu reichen.* Additis ratt. *Dieweil, wenn schon in dem ersten* Locations-*Urthel die in der 2ten Classe erwähnten Posten daselbst als unbezahlte Kauf-Gelder, kraft vorbehaltener, und gerichtl. bestätigter* Hypothec, *und die in der 3ten biss zur 35sten, als Schulden, so auf dem Guthe, ehe es der Gemeinschuldner an sich gebracht, gehaftet, aufgeführt worden, mithin dieses Erkenntniss, nach Innhalt der l. 19. d. Appellatt. und l. 1. §. 2. quae sentent. sine appellat. ingleichen l. 2. C. quand. prouoc. n. est nec.* pro sententia contra ius in thesi lata *allerdings zu achten, gleichwohl* NN. *da sie es bey der* Location *bewenden zu lassen sich erkläret, und* NN. *da er dem 38sten Tit. der Chfstl. Sächsischen Pr. Ordnung zu Folge die* Nullitaet *binnen Sächsischer Frist anzuziehen unterlassen, erwähnte* Sentenz *ihrer theils ausdrücklichen, theils stillschweigenden* Ratihabition *halber zwar fernerweit als nichtig keinesweges anziehen mögen, jedoch nur erwähnte* Ratihabition *nicht zugleich die Folge nach sich ziehen kann, dass* Appellan*ten obliegen müsste, alle wieder solches Urthel in Ansehung der unrichtigen* Location *derer unbezahlten Kaufgelder beschwehrde führenden, ihnen nach der Zeit der erwachsenen* Hypothec *nachstehenden und würklich nachgesetzten Mitgläubiger, zu Folge der Rechts-Regel,* si vinco te vincentem, teipsum vinco, *sich vorgehen zu lassen; Angesehen nach der l. 16. qui potior. in pign. letzterwähnte Mitgläubiger durch die gebrauchten*

Rechts-

Rechts-Mittel zwar Pomponium *von dem ihm zur Ungebühr angewiesenen Orte ausgeschlossen, dass sie aber allerseits an dessen Stelle zum Nachtheil gegenwärtiger* Appellanten *befriediget werden müssten, um so weniger mit Rechtsbestande verlangen mögen, je weniger sie wieder deren* Location *etwas erinnert, folglich ihnen diessfalls die Ausflucht der bereits rechts kräftigen Entscheidung nicht weniger im Wege stehet; Und denn hieraus zugleich die Folge erwächset, dass zwar* NN. *den Betrag derer in der 2ten* Classe *angesetzten Posten, ehe sie einige Bezahlung verlangen mag, wegnehmen lassen muss, dagegen — — — wenn deren Betrag* absorbir*et, es im übrigen bey der theils in Vol. VIII. erkannten, theils in gegenwärtiger* Sentenz *abgeänderten* Location *verbleibet, und* Pomponio *die ihm gebührende Zahlung nicht eher, als nach der 35sten* Classe, *wie gleich Anfangs geschehen sollen, angewiesen werden mag, allermaassen, wenn selbigem die Stellen derer ihm* substituir*ten Gläubiger angewiesen werden wollten, solches offenbar in die Rechte derer gleich Anfangs* appellir*enden, und ihm* de iure *vorgehenden Mitgläubiger eingreiffen würde, so ist etc.*

RESPONS. XXX.

Quae Lex Judic. Sax. Tit. VI. §. 1. et repet. praelect. §. 1. de reconuentione cauent, ad separatam rei actionem non pertinent.

Ius Saxonicum eandem cum jure communi licentiam reconueniendi haud largiri, sed finita demum conuentione dare, et jus Saxonicum Electorale eam solum ob exceptiones connexas et illiquidas aduersus conuentionem processu executiuo vel institutam vel instituendam, admittere, simulque ex judicato in conuentione, donec solutum sit, suspendere, sciunt omnes. Haec vero an ad separatam a reo contra actorem coram ejus foro institutam actionem aeque pertineant, non eandem esse omnium juris interpretum sententiam nuperrime ex actis judicialibus ad nos transmissis intellexi.

Conuenerat quis in Lusatia Superiore, quae antiquam Saxoniae judiciariam legem sequitur, suum aggressorem, cuius petitioni connexam, illiquidam tamen exceptionem frustra objecerat, et repulsam tulerat ex sententia, his quidem verbis concepta: *Dieweil die erhobene Klage eine Reconvention in sich fasset, den Rechten nach aber diese erst nach völlig beendigter Convention angestellet werden kann, Kl. hingegen, dass er wegen dessjenigen, so Bekl. in der Convention von ihm gefordert, denselben völlig befriediget habe, selbst nicht behaupten können, so hat dessen Suchen noch zur Zeit nicht statt, er ist auch Beklagtem die verursachten Prozesskosten zu erstatten schuldig.*

Quae lis, quum, interposita leuteratione nostro judicio submitteretur, alia omnia statuenda esse existimauimus.

Videri

Videri poterat praeter adjectam rationem exceptio praeuentionis propositae sententiae auxiliari, ne ejusdem objecti causa plures admittantur lites. Ecquis vero ex judicio, quod propositae liberationis causae probationem propter naturam Processus non admittit, praeuentionem deriuare ausit. Quae enim, ne crambem bis coctam apponam, nobis praeterea persuaserunt, vt aduersas partes inierimus, submissae rationes profiteantur. Siquidem decreuimus: *Nunmehro aus den Akten so viel zu befinden, daſs Klägers Suchen so wenig für noch zur Zeit unstatthaft, als derselbe die dadurch verursachten Unkosten Beklagtem zu erstatten für verbunden zu achten: Sondern es ist letzterer den über den 2ten, 3ten, 4ten, 5ten, 7ten, 8ten, 9ten und 12ten Abschnitt der Antwort Fol. 16. ihm angetragenen und angenommenen Haupteyd nach vorgängigem Klägers Eyde für Gefährde zu schwöhren schuldig, ferner darauf zu erkennen was recht ist.* reddit. ratt. *Obwohl die auf eine zuvor angestellte Executiv-Klage sich beziehende, besonders im ordentlichen Prozeſse verhandelte Klage darinne mit der Wieder-Klage übereinkommt, daſs bey beyden solche, dem gegnerischen Anspruche entgegenstehende Ausflüchte zum Grunde liegen, mit denen man, da sie illiquid, im Executiv-Prozeſse kein Gehör finden können, mithin sich selbige zwar in Ansehung des Fori, nicht aber in der Hauptsache von der Wiederklage unterscheidet, und hieraus die Folge zu erwachsen scheinet, daſs, was von vorgängiger Beendigung der Convention in Sächsischen Rechten in Ansehung der Wiederklage verordnet, nicht weniger bey einer dergleichen besonderen Klage statt finden müſse:*

Dennoch aber und dieweil einem jeden wegen des ihm gebührenden, wenn es binnen der Verjährungs-Frist geschiehet, klagbar zu werden freystehet; Und was dem

 entge-

entgegen in der Chur-Sächsischen Prozess-Ordnung Tit. VI. §. 1. verordnet, eine Ausnahme von der Regel, und eben deswegen nur auf die Wiederklage um so gewisser einzuschränken ist, jemehr es nur deswegen, weil sie mit einem priuilegirten Foro verbunden, und für eine Fortsetzung der Conuention gehalten worden, geschehen, als welches von der besondern im ordentlichen Foro anzustellenden, und exceptiones haud connexas gestattenden Klage auf keine Weise zu behaupten; dieses auch um so weniger zu bezweifeln ist, da sogar, in soweit der Fortgang des Executiv-Prozesses nicht aufgehalten wird, erwähntes Verboth in der Erl. Prozess-Ordnung eod. Tit. §. 1. wieder aufgehoben, mithin selbst vom Gesetzgeber hierdurch, dass jene Stelle über die Wiederklage nicht auszudehnen sey, stillschweigend bekräftiget worden, so ist etc.

RE-

RESPONS. XXXI.

Exorto concursu creditori priuilegiato partialiter solutum sorti inprimis imputandum est.

Ab VLPIANO in *l. 1. et 5. §. 2. seq. d. Solutt.* docemur, ab ejus, qui ex pluribus caussis debeat, arbitrio pendere, si soluat, in quale debitum solutum esse velit, nec non, si ex debito simul vsurae debeantur, solutum in vsuras, et quatenus has excedat, hoc demum in sortem imputandum esse, etiam si conuenerit, vt partim sorti, patim vsuris imputetur. Huic iuri in debitore locuplete insistendum esse, nemo dubitat.

Num vero idem in concursu creditorum obtineat, magna dubitatio. HOMMEL. in *Rhaps. Obseru. DCXXXIX.* CARPZ. BERGERO et MENCKENIO stipatus, solutum sorti inprimis detrahendum esse ait. Quod verissimum agnosco, simulque persuasum habeo, non aequitatem solum, ad quam HOMMEL. prouocat, hanc sententiam commendare, sed nec juris argumenta deesse, quibus eam tueri valeamus.

Qui nobis aduersantur, his vel vtuntur, vel vti possunt, rationibus, vt dicant, neminem, si non ita conuenerit, adigi posse, vt partem debiti accipiat, *l. 41. §. 1. d. vsur.* solutamque et acceptam debiti partem sic esse accipiendam, vt vsurae debitae deleantur et superfluum sortem imminuat, *d. l. 5. §. 2. d. Solutt.* Has esse regulas. Primam in debitore obaerato partim ex necessitate, partim ex lege, quippe §. *fin. Ord. Proc. Sax. Rec. Tit. XLI.* pati exceptionem. Quam vt in altera admittamus, nec legem, nec juris rationem exigere. Solis priuilegiatis vsuras cum sorte in eadem classe tribui, fauoremque inter creditores ex pri-

 vile-

vilegiorum ordine metiendum, nec ſequiori quicquam tribuendum eſſe, quod priori noceat.

Ad haec vero ſic reſpondeo. Vnius commodo anteponenda eſſe, quae proſunt omnibus. Inde vniverſitas creditorum contra ſingulos, non hi contra illam reſtituuntur. Vt vel inter reſtitutionis capaces magis faueant leges damnum paſſis, quam lucri capiendi ſtudioſis. Idemque in concurſu creditorum creauit praeceptum, lege judiciaria Saxonum antiqua *Tit. L.* § *2.* confirmatum, vt ſortes prius, et poſt has demum vſurae percipiantur. Quod quanquam in creditoribus vel ſingulari priuilegio, vel certe pignoris jure gaudentibus quodammodo fallit, non eo vsque officio ſuo deſtituendum eſt, vt ſimul noui et majoris lucri cum reliquorum periculo capiendi naſcatur occaſio, vt potius, quam minime his pernicioſum eſt, eo vti jure compellantur, adeoque ſecundum negotii ſubjecti naturam ſortem prius, et, hac demum extincta, vſuras, quibus ex mora nihil accreſcit, capiant.

Hanc interpretandi, et leges ſecum inuicem pugnare viſas conciliandi rationem analogiae juris et Llatoris Saxonici menti mirifice conuenire, praeter ea, quae attuli, per ſe, ſi quid video, thema probandum exhaurientia, nec alia deſunt, quae confirment. Aequiorem enim et benigniorem ſententiam, qualis haec per ſe claret, in rebus dubiis praeferre jus praecipit, *l. 18. l. 25. d. LL. l. 56 l. 90. d. R. I.* idque inter plures creditores inprimis efficiendum eſſe, innuit *Lex. Iudic. Sax. Tit. L.* §. *3.* ne alter cum alterius damno locupletior fiat. Quam ob rem, quo tempore intereram Senatui Prouocatt. gauiſus ſum, eandem ſententiam perilluſtre hoc collegium amplexum fuiſſe, quam nos, profecto non cerebrinam, ſequendam eſſe, rati ſumus, et adhuc ſequimur.

Idem-

Idemque his diebus Praefecto Plauiensi in causa concursus H. P. d. R. actricis C. C. W. aduersus C. F. d. T. significavimus his verbis: *Dieweil Beklagtem die zu fordern gehabte Summe der 800 rthlr. in Ducaten, jedes Stück 2 rthlr. 18 gr. gerechnet, zugesprochen, in den abschläglich geleisteten Zahlungen aber ihnen der Werth von 2 rthlr. 20 gr. beygeleget worden, so ist es bey der geschehenen Erhöhung vorgedachten Hauptstamms auf 824 rthlr. 4 gr. zu lassen. Und da hiernächst die Rechte diejenigen, welche Verlust abzulehnen suchen, vor denen, die sich zu bereichern bemühet sind, und eben desswegen, wie besonders deutlich aus der Chursf. Pr. Ordn. Tit. 50. §. 3. hervor gehet, im Concurs-Prozesse die Hauptstämme vor den Zinnsen begünstigen; Aus gleicher Ursache aber auch das Interesse der nachstehenden Gläubiger, um grössern Nachtheile und längerer Zurücksetzung zu entgehen, es erfordert, dass man von der in der* l. 5. §. 2. d. Solutt. *enthaltenen Regel abweiche, und mit der in der Concurs-Masse vorhandenen Baarschaft den an der Perception stehenden Gläubiger zuförderst das Capital um stärkeres Zinns Aufschwellen zu vermeiden, zurückzahle, und wie es alsdenn thunlich, den Zinns-Rückstand abführe; Beklagte aber die Richtigkeit der als abschläglich bezahlt in der Berechnung* sub ☽ fol. 161 ff Vol. VI. *aufgeführten Posten, jemehr sich solche aus den angezogenen Akten-Stellen bewähren, nicht bezweifeln können; Diesemnach, dass sie in der That 166 rthlr. 7 gr. 6 Pf. mehr, als ihnen zugekommen, erhalten haben, die Ausrechnung zu erkennen giebt: So sind, da Klägere unterm 13ten Ian. 1790. mithin innerhalb der dem Creditwesen zu Erlangung der Restitution zuständigen vierjährigen Frist widersprochen, und Ersatz gefordert, Beklagte nurgedachte Summe der 166 rthlr. 7 Gr. 6 Pf. nebst Zinnsen vom 5ten März 1787. als der Empfangszeit an zurück gerechnet, zur*

Concursmasse zu erstatten schuldig. Dagegen in Erwägung, dass letzteren in Ansehung des sich zugerechneten Agio beyzupflichten, und überdem eine zweifelhafte Rechtsfrage vorhanden gewesen, die aufgewandten Prozesskosten gegen einander billig aufgehoben werden. V. R. W.

Und diese zu Erstattung obgedachter 166 rthlr. verurtheilte, deren Erblassers ursprüngliche Anforderung in 800 rthlr. bestand, wollten noch über 1100 rthlr. zu fordern haben. Könnte man wohl einen auffallendern Beweiss der Unbilligkeit und Härte der gegenseitigen Meinung haben.

RESPONS. XXXII.

De acquaestu per operas vxoris.

Societas matrimonio contracta non admittit solum inter sociatos aliquam subordinationem, sed etiam suadet. Profecto enim nihil excogitari potest, quod magis idoneum sit ad profligandam ex hac societate discordiam, quam diuino humanoque iure tributa viro maior auctoritas. Vt non miremur, principatum illum maritalem potestatemque diuina lege stabilitam ac *l.* 195. §. 2. et *l.* 196. *D. d. Verb. Signific.* expressam, antiquo illo et exorbitante rigore, qualem IVL. CAESAR *d. B. G. L. VI. cap.* 19. TACITVS *d. M. G.* DIONIS. HALICARNASS. *L. II. Antiquitt. Romanar.* testantur, purgatam, ad nos peruenisse. Eandemque ita comparatam, vt partim mulierem ipsam, partim eius bona viro coniugium quodammodo subiiciat.

Personae subiectio dum simul ad agendum vxorem obligat, non potest non ad ius acquirendi ex parte mariti aliquo modo pertinere. Si non, quod ex antiquis Germaniae moribus descendit, et adhuc passim obtinere conspicimus, ius singulare, quaecunque durante matrimonio adquiruntur, coniugum communia facit. Et quanquam, missa hac bonorum communione, circa obligationem vxoris ad operas, omnia ad certam normam reduci non patiuntur, vt potius opulentia et egestas, ac inprimis conditio personarum, quae, mirum, quantum in ciuitate nostra variat, et a Gallis nomine quidem, re ipsa nunquam profligabitur, alia atque alia exigere videatur, haec omnia tamen haud impediunt, quominus certa quaedam principia constituantur, quibus iudicium de acquaestu, mariti,

an

an vxoris lucro cedere debeat, valide superstrui posse videatur.

Consentiunt omnes, ad mutuum adiutorium sibi vicissim coniuges obligari. Hoc, quoniam ius nostrum viro, tanquam capiti et principi in familia onera matrimonii potissimum imponit, eumque ad alendam vxorem, alendos liberos, et, qui ad familiam pertinent, omnes obligat, sua natura vxorem obstringit, vt suscipiat curam rei familiaris, et a marito vitae, quod exercet, genere parta, quantum possit, seruare studeat. Nisi pacto coniugum aliter conuenerit. Vt adeo adiutorium illud coniugale non inepte vel naturale, seu, si malis, legale, vel conuentionale, dicamus, nec eorum, quae vxor per naturam rei debet, remissione cum STRYCK. *in Vs. Mod. Pand. ad Tit. d. R. N.* turpitudinem committi, et propter hanc nihil agi existimemus. Si non quidem apparet, cur vitio ac turpitudini vertamus vxori, quae, quum opibus abundet, splendidamque marito dotem intulerit, genio suo viuere, reique familiaris curam aliis mercede conductis committere satagit, vel forte litteris et humanioribus incumbit artibus, vel mercatricem agit, aliiue negotio, vitae commode transigendae non minus inseruienti, praeest. Non enim, quod permultis illustrari exemplis possit, consequitur, vt nihil agat, honestamque vitam non viuat, cui culinae cura, aliiue, qui solent plerumque mulierum esse, labores non arrident. Quamobrem, si pacto operae vxoris, per se non turpes, definitae appareant, operas huic pacto aduersantes maritum iure suo non exigere, plane persuasum habeo.

Sin vero hanc in rem nihil conuenerit, sat commode interpretes vxoris operas dicunt esse vel obsequiales seu officiales, vel artificiales, et has, vel per se tales,

tales, v. c. foeminae mercatricis, vel in ministerium mariti eiusque vitae generis factas, quas rectius et verius cum WERNHERO ministeriales dixeris, v. BERGER *Oecon. Iur. L. I. Tit. III. §. VIII. Sect. V.* et WERNHER. *Part. IX. Obs.* 236. Officialesque operas, quibus comprehendo rei familiaris et oeconomiae curam, vel, pro personarum dignitate, certe inspectionem, mutui adiutorii causa dubium non est per naturam rei vxorem debere, iisque parta mariti lucro cedere. Eodemque iure eundem in iis vti, quae ministerialibus operis acquiruntur.

Vt vero ad huiusmodi operas plane et omnino obligatam eam putem, BERGER. et WERNHER. dd. ll. mihi non persuadent. Ad quam hic prouocat *l.* 51. *D. d. Donatt. int. vir. et vxor.* de iure rerum ab vxore possessarum agit, adeoque ad rem praesentem non pertinet. Mutuumque adiutorium, BERGERI argumentum, hoc vnum efficit, vt alter alterum pro status et conditionis suae ratione iuuet, nequaquam vero, vt ad insolitas, de quibus nemo cogitasse praesumitur, simul operas obligetur.

Vt, si quis ancillam, operis eiusmodi inseruientem, vxorem duxerit, si non de alia vtriusque voluntate constat, vel tum propter *l.* 46. *D. d. Oper. Libertor.* an debeantur, non inepte dubitetur. Verba enim ibi obuia: *Liberta, si in concubitu patroni esset, perinde, ac si nupta eidem esset, operarum petitionem in eam dari non oportere, constat,* tacitam remissionem ipso coniugio factam suadere videntur. Quod quanquam affirmare, et, quae de operis seruorum proponuntur, ad eiusmodi, quas ipse maritus subit, applicare nolim, hoc tamen, si quid video, lex innuit, ad operas, ad curam rei familiaris non pertinentes, et a mulie-

mulieris conditone ac institutione alienas, ipso coniugio nullam contrahi obligationem.

Eademque lege omnino refellitur CARPZOV. *Part. III. Const.* 25. *Defin.* 8. et, qui hunc sequitur, MENCKEN. *ad Pandect. Tit. d. R. N.* §. 29. sententia, opinantium, vel ad eiusmodi operas, quas, vt monui, BERGER. d. l. artificiales stricta sententia tales appellat, marito vxorem obligari. Prouocant ii quidem ad *l.* 19. §. 1. *D. d. Pecul. l.* 48. *d. Oper. libertor.* et *l.* 31. *d. Donatt. int. vir. et vxor.* Ista de seruo dotali agit, cuius quoniam conditio a muliere plane diuersa est, rem nostram non attinet, haec ad quaestionem, cuius sint vxoris arte perfecta, respondet, ex quo aeque minus obligatio ad perficiendum consequitur. Illa rem praesentem proxime attingit, eiusque haec verba sunt: *Sicut patronus, ita etiam patroni filius, et nepos, et pronepos, qui libertae nuptiis consentit, operarum exactionem amittit, nam haec, cuius matrimonio consensit, in officio mariti esse debet.* Ex quibus CARPZ. et MENCK. sic ratiocinantur: Liberta patrono eiusque liberis artis operas debet, consentiente patrono nupta debere desinit, quoniam in mariti officio est, ergo consequitur, vt, patrono antea debita, marito debeantur. Ecquis vero hiatum in hoc argumento non perspiciat, non intelligat, officium coniugale operis patrono exhibendis impedimento esse simulque inter se differre posse libertae et vxoris officiorum genera. Quae vere diuersa esse ipsa rei natura, si parium quidem societas est coniugium, inparesque facit pares, euincit, ac *d. l.* 46. *d. Oper. Libert.* confirmat. Accedit, statum coniugalem inter nos obuium, illi Romanorum non omnino consentaneum, mulieribus hac in re fauorabiliorem esse. Vt STRVBENIO subscribere non dubitem 4. *Th.* 25. *Bedenk.* dicenti, *die Frau ist*

dem

dem Manne nur im Hauswesen behülflich zu seyn schuldig, maassen die Alimentation damit hinlänglich vergütet wird, und das Wesen der ehelichen Gesellschaft keine Frau zum Besten des Mannes zu arbeiten verbindet.

Quoniam ius marito nullum est, petendi, vt vxor tale quid operetur, correlatorum natura marito, ne quid istiusmodi ab ea fiat, prohibendi facultatem largiri videtur. Quod, ne libertas naturalis, matrimonio quodammodo coarctata, non plane exuta, nimis cohibeatur, omnino neque affirmandum, neque negandum, esse duco. Secundum officia potius, quae mulier ipso matrimonio implere promisit, certe promisisse iure censenda est, metiendum. Hinc vir illustri in ciuitate loco constitutus coniugem, honoris sociam, ne artem vel opificium lucri faciendi causa profiteatur, iure prohibet, iniuria, ne in tali negotio, pingendo, quod exemplo sit, vel cantando, genio suo paululum, et quantum sine valetudinis, reiue familiaris, detrimento fieri potest, indulgeat.

Verum, qui ex defectu iuris, compellendi vxorem, vt opificium, vel artem, quam callet, lucri causa exerceat, inferre vellet, perceptum ex ea lucrum marito denegandum esse, quod est STRVBENII d. l. ratiocinium, meo quidem iudicio erraret vehementer. Esset enim fere idem, ac si dixeris, non oportet, vt praeter dotem quicquam viro mulier inferat, vt ne dotis quidem constituendae absoluta sit necessitas, ergo consequitur, si quid praeterea intulerit, lucrum ex eo maritum capere non debere. Et quis talia contra ius nostrum propugnaret. Longe probabilius hoc esset ratiocinium; Inops pariter ac diues mulier *L. ult. C. d. donat. ant. nupt.* coniugium inire valet; Hoc nihil impediente, substantiae, quam diues intulit, fructus iure suo maritus capit; Quidni adeo, si arte quadam polleat,

leat, maritus iure ſuo poſtulet, vt ſuo commodo eam exerceat. Cui argumento etſi in regula concedendum non eſt, quoniam, quod vidimus, ſi non alia circumſtant, propter ſtatus ac dignitatis maritalis participationem, mulier iure exiſtimanda non eſt in eiusmodi obligationem conſenſiſſe, certe, ex arte ſua, pace vel iuſſu mariti lucrum faciat, quid impediat non video, quominus ex illo maritus eandem capiat vtilitatem, quam ſinunt leges ex vxoris bonis percipere.

Alii in arte, quam profitentur, et qua pollent, eaque exercenda, et aliis approbanda, alii in poſſeſſione diffuſi ac ſplendidi patrimonii ſibi placent. Vterque ex ſuo vitae ſubſidia ſibi quaerit. Vt vel quouis tempore ſapientes diuitiis, quas quis in ſe habet, maius pretium adſcripſerint. In hominibus infimae ſortis quotidie vtrumque coniugem ſuos labores aequo marte perferre, vtrumque ſuas operas in communem vtilitatem, ad ſuam ſuorumque vitam, ſi non commode, aegre transigendam, conferre conſpicimus. In his quaeſtionem de obligatione, huius vel illius generis operas perferendi peragendique, ipſa neceſſitas otioſam facit. Quam ob rem non apparet, ſi aliis ſors magis opportuna ceſſit, qua ſpecie maritus commodo ex honeſta coniugis arte capiendo deſtituendus eſſe videatur. Si obuertas, labores plebis viles et mercede conducendas eſſe, hanc artes liberales reſpuere, aequum igitur et ad erigendos ciuium incendendosque ad inſigniora animos conſultum eſſe, vt ſine ſexus diſcrimine artifex ſuo honorario ſibi fruatur et gaudeat. Nec hoc argumento, ſi rem praeſentem curate introſpicimus, quicquam efficitur. Vt manifeſtam potius iniuriam eiusmodi ſententia iniquitatemque redoleat. Iniquitatem, quia mutuum adiutorium a coniuge coniugi debitum offendit, iniuriam, quia ius noſtrum pecuniam peculiis filiorum familias ſimilem ius noſtrum reſpectu

ad

ad vxores habito ignorat, nullamque, nisi receptitiam, pacto quippe antenuptiali receptam, libero eius arbitrio relinquit. Ecquis vero, quum sciamus, sui iuris remissiones strictissimam exigere interpretationem, ex venia mariti lucrum ex arte capiendi lucri istius donationem consequi crediderit.

Quae quanquam ita sunt, MAEV. *ad Ius Lubec. P. II. Tit. II. art.* 12. *n.* 134. *ff.* CARPZ. *P. III. Const. XXV. Def.* 10. et MENCKEN. *ad Pandect. Lib. XXIII. Tit II* §. 29. existimantibus, quae vxor arte sua pepererit, mariti propria esse, haud subscribo. MAEVIVS, cui caeteri adstipulantur, prouocat ad *l.* 48. *D. d. Oper. libertor.* quae dum officiales non artificiales coniugis operas memorat, ad nos pertinere non potest. Dein ad *l.* 31. *et* 51. *d. Donatt. int vir. et vxor.* Illa in ministerio mariti factas, non artificiales respicit operas, haec vero eius sententiae non auxiliatur, potius aduersatur. Scilicet, quo ipso praesumtionem constituit, vi cuius, si dubitetur, vnde quid habeat mulier, euitandi turpis quaestus causa, existimandum est a viro ad eam peruenisse, consequitur, fieri posse, vt aliunde ex honesta causa acceperit, et sibi habeat. Denique ex ipsa bonorum vxoris natura MAEVIVS hoc sibi videtur posse colligere. *Quando enim simpliciter*, inquit, *sine vlla conditione vxor ante contractum matrimonium, omnia sua bona ad maritum transfert, quae habuit, vel negotiationem, ex quo viuere, vel lucrari quaedam solita est, in dotem dedisse censetur*, quam sententiam ex aliorum bonae notae interpretum accessu commendat.

Non immorabor hoc loco interpretum dubitationi ac dissensui, cuius alio loco mentionem feci, bona a muliere viro illata dotis, an aliam naturam habeant.

Hoc unum volo, duplici disquisitione opus esse: Altera, per artem quaesita, et alia, bona annon discrimen aliquod intercedat; altera, mulier artem, ex qua perceperit lucrum, ante nuptias professa fuerit, an durante matrimonio profiteri coeperit. Ad hoc enim quod attinet, scimus ea sola dotis iure a quibusdam iuris interpretibus, et in foro, quod hanc sententiam suscepit, aestimari, quae statim, quo nupsit tempore, bona mulier viro intulit, quae vero postea, pendente matrimonio ei obuenere, si nulla nuptias antecessit promissio, ob quam pro dote, vel eius augmento habenda sint, censeri paraphernalia. Sit vero ars illa pro obiecto dotali, an vxoris proprio, modo non receptitio, habenda, si lucrum ex illa pro fructu assumendum est, quoad illud nihil interesse potest, quoniam nostro iure, quod ex legitima tutela, olim fructuaria, quam viro coniugium tribuit, *v. Lib. I. Art.* 31. *Iur. Prou. Sax.* SCHILTER. GAERTNER. aliique optimae notae interpretes deriuant, ex paraphernis non minus, quam ex dote fructus maritus capit. Vt solum, si artem quasi rem vxoris propriam consideramus, liberius ei circa exercitium tribuere arbitrium debeamus.

In id vero inquirere inprimis refert, lucrum, quod arte sua vxor fecerit, cum fructibus vere comparari, siue potius eodem iure censeri patiatur. Et primo quidem, me etiam nihil monente, omnes intelligunt, ab isto prouentu impensas esse detrahendas, quae ad sustinendam ipsam artem pertinent, et sine quibus exerceri non potest. In has procul dubio, quoniam fructus, nisi deductis impensis non intelliguntur, maritus consentire debet, qui artem ab vxore exerceri cupit, vel patitur.

Ipsum vero illud, quod, factis hisce impensis, ex lucro superest, sors potius habenda est, quam vsura.

Vide-

Videlicet fructus in iure noſtro ſoli ii prouentus appellantur, qui ſecundum naturam, (interitus enim caſualis rem non mutat) ſemper, ac repetitis temporum interuallis, percipiuntur. Hinc vſurae ex ſorte alii mutua data percipiendae, quanquam ipſa ſors ob debitoris inopiam deſinere poteſt, ſunt fructus. Sortis vero vicem ars ſuſtinere propterea non poteſt, quoniam ſua natura non perdurat, vt potius, ſi non ex alia cauſa, certe artificis morte extinguatur. Igitur longe verius lucrum, pictura, ſculptura aliave arte quaeſitum, ſi hanc cum ſorte comparare velis, eius augmentum ſeu acceſſionem conſtituunt, quam prouentus metallifodinarum, ſi in illo quidem longe certior terminus, quo exire debet, quam in his exiſtit. Et quum hos acceſſionis, quae naturam ſui principalis induit, iure lex diſerte cenſeat *Conſt. Elect. XXV. Part. III.* quis de illo idem cenſere dubitauerit.

Quam ob rem quum Hortenſia quaedam mercatrix ex mercaturae quaeſtu ſortem aliquot millium ioachimicorum comparaſſet, et, mortuo marito illata repetere, an portionem legitimam capere ſatius eſſe videretur, dubitaret, ſortem illam eius eſſe, et ad haereditatem non pertinere, interrogatus reſpondere non dubitabam.

RESPONS. XXXIII.

Pacta dotalia, quae futurae coniugum successionis mentionem faciunt, statutariam successionem excludunt.

Haec obseruatio primo aspectu facile possit otiosa videri. Est vero profecto vehementer dubia. Hoc animo ante nuptias pacta fieri ais, vt coniugum iura inter se definiantur, et naturam a legitima diuersam induant, ex eoque consequi, vt mentione futurae successionis in iis facta non ex lege, vnice ex pacto eam iudicemus. Quod largior lubens, vt tantum ex hoc supposito non consequatur, si, quod successionis causa conuenerit, statutariae successioni non aduersetur, haec propter illud sublata existimanda sit, an minus.

Ex actis iudicialibus a capitulo Budissano ferendae sententiae causa ad nos nuperrime transmissis apparebat hereditatis petitio, a fratre et sorore defunctae contra viduum instituta, vt, quae praeter praedium ipsi pacto antenuptiali adscriptum haereditate continerentur, ipsis tanquam legitimis haeredibus restitueret. Viduus hac defensione vtebatur, pactum illud, quum successio in praedium sibi ex lege non deberetur, sui fauore conditum, nullamque in eo mobilium, quippe Saxonico iure sibi tributarum, mentionem esse factam, et iuris rationem non ferre, fauore alicuius constitutum in eius odium retorquere.

Species facti ex pacto exhibito conspicua haec erat. Sponsa diues et vetula comitante curatore cum sponso inope et iuuene iudicium adierat professa, se, vt de vtriusque futuri coniugis iure inter viuos et mortis causa constare possit, sponso suo ducentos ioachimicos numerasse, eidemque praedium suum valoris quingentorum ioachimicorum donationis titulo concedere, vt tantum

tantum ſibi in mortis euentum ſuperſtiti idem praedium, ſponſo ſuperuiuenti pleni dominii iure relictum, reſtitueretur, quam donationem ſibi factam confeſſus ſponſus acceptione ſuam fecerat. Vxorque adeo ſibi maritum quaſi coemerat. Exemplum ei, quod LEYSERVS in *Spec.* 307. *Medit.* 5. exhibet, non abſimile. Nimirum de eo, vtrum poſt vxoris mortem viduus in donatione ſibi facta acquieſcere, an praeterea ſibi ex lege debita capere debeat, nihil dictum, nullaque cognatorum facta mentio.

Id quidem, ne quid fruſtra factum eſſe videatur, ex eiusmodi pactis conſequi perſuaſum habeo, vt teſtamenti factionem, qua regulariter in bonis, ſuperſtiti ex lege debitis, v. Conſt. VII. Part. III. non gaudent, ſibi coniuges reſtituant, CARPZ. *d. Conſt.* def. 13. Teſtamentum vero non factum mariti, an cognatorum, fauore intermiſſum exiſtimandum ſit, hoc profecto non aeque indubium. Vt adeo videatur, generale principium deciſionis conſtitui non poſſe, hanc potius ex rerum, quae circumſtant, argumentis petendam eſſe.

In d. *Medit.* LEYSERVS, quem ſimul MEVII et STRYCKII auctoritas comitatur, hoc vtitur, vt cognatis patrocinetur, argumento, pacta legem vincere, adeoque ſucceſſionem ſuperſtiti coniugi lege Saxonica adſcriptam, quam ſtatutariam appellant, ſi pactum dotale, idemque ſucceſſorium reperiatur, eo minus locum inuenire poſſe, quo magis eandem decidendi rationem inierit IVSTINIANVS in *Nou.* 117. *Cap.* 5. quo videlicet inopi coniugi ſuperſtiti portionem vel quartam vel virilem ex defuncti haereditate adſcripſerit.

Verum hoc ipſum LEYSERI argumentum, cui omnino aſſentio, id quidem probat, ſtatutariam ſucceſſionem pactitiae poſtponendam eſſe, num vero etiam

tum statutaria successio exulare debeat, si ex pacto coniugum non appareat, illam omnino excludere voluerint, an minus, hoc, si quid video, in ambiguo relinquit.

Quod ipsum tamen etiam, fateor certius iuridice, quam philosophice, affirmandum esse duco. Nimirum in iure scimus, et ex *l.* 7. §. 8. *D. d. Pact.* nec non *l.* 9. *d. Probatt.* intelligimus, quemque existimandum esse, non suo solum, sed simul heredum nomine pacisci voluisse. Sponsae haeres, quo tempore paciscitur, proximus cognatus est, non sponsus, cui in euentum suae mortis certam bonorum partem pacto tribuit. Ex hoc demum principio indubie consequitur, mortuo promittente, cognatum, non viduum habendum esse haeredem, viduoque praeter id, quod pacto continetur, nihil deberi, nisi forte testamentum a promittente relictum ei magis arrideat.

Quam ob rem cum in causa nobis proposita testamentum defunctae non apparuerat, fratris sororisque petitionem contra viduum sustinere non dubitavimus his verbis: *Würden Klägere C. G. und I. R. B. sich als Geschwister von Beklagtens I. G. W. verstorbenen Eheweibe rechtfertigen, so ist Bekl. der letztern Verlassenschaft nach dem darüber gerichtlich gefertigten* fol. 2. ff. Vol. sub. B. *befindlichem* Inuentario *denenselben zu überlassen und auszuantworten schuldig. V. R. W.* additis ratt. *Obwohl Klägere nicht ableugnen, dass der ganze streitige Nachlass in denen beweglichen, a. a. O. verzeichneten Güthern bestehe; Diese aber, wenn weder Kinder noch Eltern vorhanden, nach Sächsischen Rechten dem Wittwer gebühren, und ihm sogar durch des verstorbenen Weibes Testament*, Const. VII. Part. III. *nicht entzogen werden können; Welchemnach, dass Klägere mit ihrem Suchen abgewiesen, oder höchstens nur der*

der Beweiſs, jemehr ſie ſich ſolchem unterziehen zu müſſen ſelbſt der Meinung geweſen, ihnen auferleget werden ſollen, dafür gehalten werden möchte:

Dennoch aber und dieweil Beklagter, daſs die Verſtorbene mit ihm einen Ehevertrag errichtet habe, eingeſtanden, dieſen auch ſelbſt beſ. fol. 35. ſq. zu den Akten gebracht; Und, wenn ſchon in gedachtem Vertrage die ausdrückliche Aeuſserung nicht enthalten, daſs Beklagter nach ſeiner damahligen Braut Ableben auſser der ihm zu 500 rthlrn. angeſchlagenen Kleingärtner-Nahrung, und den ihm baar überlieferten 200 rthlrn. nichts erben ſolle, auch überdem Verzichtleiſtungen in Rechten nicht vermuthet werden; Gleichwohl gedachter Vertrag beſ. fol. 36. um Lebens und Sterbens willen abgeſchloſſen, ſowohl darinne, daſs Beklagter, als damahliger Bräutigam auf den Ueberlebungs-Fall gedachte Gärtner-Nahrung und 200 rthlr. behalten ſolle, ausdrücklich verabhandelt worden, wovon, wenn ſie ihm ihr geſammtes Vermögen hinterlaſſen wollen, die Urſache nicht einzuſehen; Mit Verträgen auch, da ſie auf beyder Paciscenten Einwilligung beruhen, und jeder ſich ſeiner Rechte begeben kann, es eine von Teſtamenten, als einſeitigen Verordnungen ganz verſchiedene Bewandniſs hat, und, was die Hauptſache iſt, die Rechte von jedem paciscenten, daſs er für ſich und ſeine Erben paciscire, annehmen, l. 7. §. 8. D. d. Pact. Der Erblaſſerin Erben aber zur Zeit des errichteten Vertrags, auf welche hierbey das Augenmerk zu richten, ihre Geſchwiſter geweſen; Solchemnach, wie aus vorſtehenden allen herfürgehet, die ganze Entſcheidung auf einer bloſsen keines Beweiſes bedürfenden, jedoch einigem Zweifel ausgeſetzten, Rechtsfrage beruhet, ſo iſt etc.

RESPONS. XXXIV.

De iure vxoris in bonis receptitiis.

Apud Romanos non opus fuiſſe vxoribus aliqua bonorum ſuorum receptione, vt potius, quemadmodum ex Vlpiani doctrina in *l.* 9. §. 3. *D. d. Iur. Dot.* intelligimus, omnibus praeter dotem illatis ſuo iure fuerint vſi. Quoniam vero Germani, quorum hac in re mores ſeruatos conſpicimus, pinguiora marito in coniugis bonis iura tribuunt, ante nuptiali pacto opus eſt, quo ſibi liberius mulieres in rebus ſuis arbitrium comparent. Prodierunt inde bona, quae receptitia appellari obtinuit. Conſentiunt interpretes, hac denominatione indicari, quorum omnino liberam diſpoſitionem vtilitatemque ſibi vxor receperit, nulla facultatis, mortis cauſa ſtatuendi, adiecta mentione. Vt vel Car. Ferdin. Hommel. nulla quidem alia ſententiae ſuae reddita ratione, praeter hanc, quia maritus ſit haeres mobiliaris, libertatem illam ad negotia inter viuos reſtringendam eſſe opinetur, *Rhapſ. Obſeru.* 787. Adeoque in hanc rem aeque grauem ac frequentem penitius vt inquiramus, vere intereſſe, largiuntur omnes.

Verum fundamentum iurium, quae marito antiquae Germaniae mores in vxoris bonis largiuntur, videlicet fructuum communionis, et in mobilia praeter geradam ſucceſſionis, eſſe mundium illud, ſeu tutelam legitimam marito ipſis nuptiis delatam, Schilter. *Exercit* *XXXVI* §. 101. ex *art. XXXI. Lib. I. Iur. Provinc. Sax.* confirmat. Ibi haec legimus: *Wenn ein Mann ein Weib nimmt, ſo nimmt er alle ihr Guth in ſeine Gewehr zu rechter Vormundſchaft*, et paucis interiectis, *denn der Mann kann an ſeines Weibes Vermögen keine andere Gewehr gewinnen, als ſolche, die er*

An-

Anfangs mit ihr in Vormundschaft empfieng. Quo etiam pertinet paroemia Germanorum, *tritt die Frau in des Mannes Bette, so tritt sie in sein Recht.*

Quoniam vero cuilibet ius suum remittere licet, neque, quod alia paroemia; *Gedinge bricht Landrecht* probat, eiusmodi remissio a genio Germanorum aliena est, consequitur, quae sibi pleno iure habenda vxor pacto receperit, quemadmodum mariti tutelam respuunt, aeque successionem respuere debere. Vt vel eiusmodi conventione legitimis haeredibus simul satis cautum, et ne poenitentiam quidem in mariti-gratiam mulieri patere, alia eiusdem articuli verba demonstrare videantur. Et quidem haec: *Darum mag kein Weib ihrem Manne eine Gabe von ihrem Eigen, noch von ihrer fahrenden Haabe geben, dadurch sie es ihren rechten Erben nach ihrem Tode entfremde.*

Quod ipsum tamen, nisi haeredes futuri eiusmodi receptitio pacto accesserint, et sponsi remissionem acceptione suam fecerint, affirmare nolim. Vt potius existimem illa verba, *von ihrer fahrenden Haabe* sola bona Geradica comprehendere. Nimirum ea erat mortis causa successionis olim in Germania ratio, vt, plane incognita testamenti factione, ex lege omnia deberentur. Bona immobilia, appellatione *Eigen* insigniri solita, quoad proprietatem ad vniuersam gentem pertinere adeo existimabantur, vt possessori ea alienare dissentientibus reliquis agnatis non licuerit. Mobilium maximam partem in viris expeditoriorum, et in foeminis vtensilium, non minus definitam fuisse et adhuc esse successionem, sciunt omnes. Reliquis mobilibus, plerumque non magni pretii, cuiuscunque libero inter viuos disponendi arbitrio relictis, vt tantum ad mulierem pertinentium successionem marito interuertere non licuerit. Quo iure si pacto cum sponsa se abdica-

 verit,

verit, quidni vxoris remissione restitui possit? Siquidem naturaliter quoduis, quo colligatum est modo, eodem dissolui patitur.

Et quanquam mutata rerum facies ex Iuris Romani receptione apparuit, dominii libertas aucta, et vltra vitam per testandi veniam producta, Saxonia tamen antiqui moris tenacior non geradicae solum sed coniugalis etiam successionis sic tuita est rationem, vt per testamentum eam nec infirmari, nec mutari sinat, *v. Const. VII. P. III.* solis in aduersum pactis admissis, eiusdem *Part. III. Const. XX.* Vt quum adeo nullus sit, nec esse possit, qui neget, successionem inter coniuges ex pactis ad eam directis inprimis cognoscendam et iudicandam esse, fateor, me non intelligere, quidni ipsa partis bonorum receptione, quae pacto efficienda est, recepta, seu iuri mariti exemta, simul a nexu successionis legitimae liberata intelligantur. Cuius consecutionis necessitatem non solum rei origo et natura, sed iuris etiam ratio infert. Siquidem supra ex *art. XXXI. L. I. J. Prou. Sax.* probaui, sola bona tutelae mariti tradita successioni ei debitae obnoxia fuisse. Et natura pactorum ea est, vt realia praesumantur, siue, vt paciscentium haeredes simul in iis comprehensi intelligantur *v. l.* 7. §. 8. *D. d. Pact.* Igitur quanquam fere omnes iuris interpretes receptitia definientes, in eo subsistunt, vt plenum vxori dominium illimitatamque disponendi facultatem tribuant, quoniam testamenti factionem eximendi iusta ratio deest, omnes mecum sentientes assumo. Idemque Leyser in *Spec. CCCII. Medit. XVII.* reliquis apertius declarat.

Neque vero solum antenuptiale pactum receptitiorum naturam vxoris bonis tribuit, vt eandem potius, quemadmodum irregulare aduentitium filii peculium, ex facto tertii nanciscantur. Quum enim quisque rebus

suis,

ſuis, quamcunque velit, honeſtam legem ſtatuere valeat, neſcio, quid impediat, quominus teſtando, legando, donando a domino quicquam vxori tribui hac lege poſſit, vt pleno iure eius ſit, nullamque ex eo, neque inter viuos, neque mortis cauſa maritus vtilitatem capiat. Modo ex mera donantis liberalitate proficiſcatur. Quod enim, quacunque ſit ex cauſa, debetur, ne fraus legi fiat, illatorum naturam induit.

Exemplum eiusmodi acta iudicialia ante aliquot menſes nobis tradita offerebant. Vidua quaedam largum ex fratris teſtamento legatum acceperat, idque inter liberos ſub modo vſurarum ſibi diſtinctis terminis ſoluendarum diſtribuerat, ad filiam, a thoro et menſa mariti ſeiunctam, quod attinet, hac lege, vt pleno iure filiae eſſet, nullamque ex eo neque partem neque vtilitatem maritus caperet. Maritus in hac ſocrus voluntate adhuc adquieuerat. Vxore defuncta ſortem donatam a liberis tanquam in ſe mobiliarem haeredem deuolutam, excepta legitima, petebat. Nos vero huius rei cauſa conſulti, ſecundum ea quae praemiſi, legitimam a donatrice donatariae debitam ſub lege foenoris ſocrui ſoluendae, adiudicauimus, caeterum vero ius agendi nullum eſſe decreuimus. En ſententiam ipſam *Daſs Beklagte D. F. B. und Mitbeklagter G. S. B. über ihrer verſtorbenen Mutter und Schwiegermutter Verlaſſenſchaft, worein ſowohl dasjenige, was die Erblaſſerin aus der Schenkungs-Urkunde* fol. 39. ſequ. *von ihrer Mutter I. D. D. erhalten, und derſelben ſonſt zuſtändig geweſen, zu bringen, in ſo weit ſie deſſen ſich angemaaſset, ein Verzeichniſs, wie ſie es eydlich beſtärken können, heraus zu geben, und nach deſſen Maaſsgebung mit Ausſchluſs der zur Gerade gehörigen Stücke, den 3ten Theil, in welchen jedoch die von der Erblaſſerin beſchiedenen 200 Thaler einzurechnen, Klägern, wenn derſelbe in Anſehung deſſen was er aus benannter*

D.

D. Schenkung empfängt, zur Verzinſsung mit Dreyen vom Hundert an Gerichts Stelle ſich verpflichtet, und deshalb gnügliche Caution beſtellet, auszuantworten ſchuldig; Klägers auf ein mehreres gerichtetes Suchen aber hat nicht ſtatt. Ex ratt. Obwohl dafür gehalten werden möchte, daſs den von Klägern vorgegeben Unbeſtand der von ſeiner verſtorbenen Ehegattin hinterlaſſenen letzten Willens-Verordnung, womit ſie ihr geſammtes Vermögen auſser denen Klägern beſchiedenen 200 Thalern auf ihre Kinder vererben wollen, die 7de Conſt. P. III. hinlänglich begründe, da nach ſelbiger dem Eheweibe nicht frey ſtehet, durch ein Teſtament, oder andern letzten Willen dasjenige, was dem überlebenden Ehemanne von ihren Güthern zuſtehet, zu vermindern; Und, da dieſes auſser dem allhier nicht angezogenen Falle, da die Erbfolge mittelſt eines Ehe-Vertrags beſtimmet worden, beſage der 22ſten Conſt. P. III. die geſammten von der Frau auſser der Gerade hinterlaſſenen beweglichen Güther unter ſich begreiffet, hieraus die Folge zu erwachſen ſcheinet, daſs auſser dem Beklagter und ihrem Bruder gebührenden Pflicht-Theile in ſo weit ſie ſolchen nicht durch liegende Gründe erhalten, der geſammte in baaren Gelde und andern mobiliari beſtehende Nachlaſs auf Klägern als den Wittwer vererbet worden ſey, und ihm davon durch der Erblaſſerin Teſtament nichts entnommen werden mögen, mithin Beklagte und Mitbeklagter in Ausantwortung nicht eines, ſondern zweener Drittheile verurtheilet werden ſollen: Im Gegentheil Beklagte für ſich anzuführen hat, daſs der geſammte Nachlaſs ihrer Mutter in ſo weit ſie ſich der Ausantwortung deſſelben an Klägern verweigert, aus der von der Erblaſſerin Mutter derſelben gemachten fol. 39. ſequ. erſichtlichen Schenkung herrühre, dieſe aber in der Maaſse geſchehen ſey, daſs die Verſtorbene beſage fol. 43. es als ein receptitium oder ſolches Guth, an welchem

oder

oder dessen Nutzungen niemanden einige Ansprüche zustehen, haben solle; Weſshalb, da jedem was ihm selbst iure pleni dominii *zuständig, freystehen müsse, es auf welche Weise ihm selbst beliebig zu veräuſsern, die Erblasserin hierdurch des Rechts theilhaftig geworden sey, darüber in der geschehenen Macſse zu disponiren, mehrerwogen, da die Erblasserin ihre Mutter, wie aus dem impugnirten Testamente abzunehmen, nicht überlebet, nach der letztern Ableben das verschenkte, wenn es unverschenkt geblieben wäre, nicht auf Klägern, sondern auf Beklagte* ab inteſtato *verfället worden seyn würde, wannenhero jener, daſs durch mehrgedachte Schenkung in seine Ehemännlichen Gerechtsame eingegriffen worden sey, zu behaupten um so weniger vermöge; Im übrigen hierwieder von Klägern eingewendet werden kann, daſs die in der Schenkungs-Urkunde mit der Schenkung verbundene Extension, wonach das verschenkte Capital als ein* bonum receptitium *anzusehen seyn soll, sich allein auf dessen Verwaltung, Benutzung und* diſpoſition *unter den Lebendigen darüber einschränke, im Gegentheil auf die Erbfolge keinen Einfluſs haben könne, deme um so mehr beygepflichtet werden dürfte, da es an bewährten Rechtslehrern nicht mangelt, s. Hommel* Rhapſ. Obſ. 787. th. 2. *welche Eheweibern das Befugniſs über ihre in baaren Gelde oder andern Mobilien bestehenden* receptitia *auf den Todesfall zu disponiren verneinen:*

Dennoch aber und dieweil das bey uns obwaltende Erbrecht der Ehegatten aus Alt-Teutscher Gewohnheit abstammet, und die dieſsfalls vorhandenen neueren Gesetze nicht als neue Gesetze, sondern als Bestätigungen jener Altteutschen Sitte anzunehmen, und eben deswegen derselben gemäſs zu verstehen sind. Die im 31sten Art. I. Buchs des Sächſsl. Landrechts dessen Anfangs-Worte das Erbrecht des Mannes in des Weibes fahrender Haabe ausdrücklich bestätigen; enthaltenen Worte aber: „wenn „ein

„ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt er alle ihr Guth „in seine Gewehr zu rechter Vormundschaft. Darum „mag kein Weib ihrem Manne eine Gabe von ihrem Ei„gen noch von ihrer fahrenden Haabe geben, dadurch „sie es ihren rechten Erben nach ihrem Tode entfremde; „Denn der Mann kann an seines Weibes Vermögen keine „andere Gewehr gewinnen, als solche, die er Anfangs „mit ihr in Vormundschaft empfieng," zu erkennen geben, daſs des Mannes Erbrecht, was die beweglichen Güther betrift, auf der ihm übertragenen Vormundschaft und Verwaltung beruhe, und daſs eben deswegen von denen Güthern, die das Weib sich zu eigner Disposition und Verwaltung vorbehalten, ihm solches nicht zustehen könne; Wie denn auch, da alle Rechtslehrer eingestehen müssen, und in der That eingestehen, daſs des Mannes Erbrecht durch den Ehe Vertrag bestimmt werden könne, und dieses die Schluſs-Worte der 22. Const. P. III. *selbst bestätigen, nicht abzusehen, wenn die Frau unbeschränkte Gewalt und Disposition über einen gewissen Theil ihrer Güther sich vorbehalten, besonders, da sie die rechtliche Vermuthung vor sich hat, daſs sie zugleich zum Vortheil ihrer Erben habe paciſciren wollen,* l. 7. §. 8. d. Pact. *aus welchem gültigen Rechtsgrunde dergleichen Reservat auf Handlungen unter den Lebendigen einzuschränken seyn solle; Daſs vielmehr das Gegentheil sowohl nach der Natur der Sache, als der bereits erwiesenen Beschaffenheit des Ehemännlichen Erbrechts nach Altteutscher Sitte, für wahr anzunehmen, dieser Meinung auch Leyser,* Spec. 302. Medit. 17. seqqu. *nicht undeutlich beypflichtet; Am wenigsten aber zu bezweifeln ist, daſs die Schenkgeberin mittelst derer* fol. 43. *gebrauchten Ausdrücke, da sie die zuvor bestimmte Summe der Erblasserin als solches Guth, woran niemand Ansprüche haben solle, geeignet, derselben ausser der freyen Gebahrung unter den Lebendigen zugleich das Befugniſs auf den*

Todes-

Todesfall darüber zu disponiren habe verleihen wollen; Welchemnach nur annoch zu untersuchen erforderlich, ob dieses auch in der That zu bewerkstelligen, der Schenkgeberin allerdings freygestanden habe; Wobey denn in Erwägung zu ziehen, dass Handlungen, wodurch etwas von Eltern auf Kinder übereignet wird, da von diesen, dass sie jene überleben werden, rechtlich praesumiret wird, nicht sowohl für Veräuserungen, als vielmehr für anticipirte Successiones *angesehen werden, weshalb zum Beyspiel der Vorkaufsberechtigte zu dessen Ausübung, wenn die Sache dem Sohne vom Vater verkauft worden, dazu nicht gelassen wird; Wannenhero, wie der Erblasserin Mutter mittelst einer testamentarischen Verordnung die Natur und Eigenschaft dessen, was sie als Pflichttheil ihrer Tochter hinterlassen müssen, zu Klägers Nachtheil nicht abändern können, und insonderheit die Sächsischen Rechte es keinesweges gestatten s.* Decis. 25. *v. J.* 1746. *sie dieses eben so wenig mittelst der unternommenen Schenkung unter den Lebendigen zu bewerkstelligen vermocht, dagegen in Ansehung des übrigen, was sie der Tochter zu hinterlassen, oder zu entziehen berechtiget gewesen, der letztern die ihr diessfalls verliehenen Rechte so wenig zu bestreiten seyn können, als der Vater dem Sohne den Niessbrauch des* peculii aduentitii irregularis *zu verweigern vermag s.* Nov. 117. Cap. I. §. 1. *Im übrigen sich von selbst verstehet, dass Kläger, was er von dem an die Erblasserin Schenkungsweise gediehenen zu fordern berechtiget ist, anderergestalt nicht, als mit der von der Schenkgeberin darauf gelegten Beschwerde der Verzinsung mit Dreyen vom Hundert, auf deren Lebens-Zeit zu verlangen befugt seyn könne; so ist etc.*

RE-

RESPONS. XXXV.

Quatenus vxor ſine curatore conſtituto ſe valide obliget.

Quaeſtio haec primo aſpectu otioſa eſſe, et, quod virgini vel viduae a curatore, id coniugi a coniuge praeſtandum expectandumque eo magis videri poteſt, quo magis Saxonia eum legitimum curatorem agnoſcit. Adeoque regulae inſtar obtinere, quam iudex curatori largiatur, et cui deuinciat, eadem ex ipſis nuptiis poteſtate maritum frui, eidemque officio obſtringi.

Verum enimvero partim ipſa res, partim iuris abuſus admodum frequens, neceſſitatem induxit, inveniendi media, quibus mulierum ſecuritati conſuleretur.

Res ipſa. Quoniam non omnia coniugibus communia ſunt, ſed vterque etiam ſingulari et ab alterius rationibus diſcreto iure vtitur, cui quicquam, vel negotio inter viuos peracto, vel diſpoſitione in mortis euentum facta, detrahere, inuito altero, permittitur *v. Conſt. VII. Part. III.* De quo ſi quid vxor mariti fauore remittere conſilium init, ſuo et vxoris ſimul nomine maritum conſentire, adeoque ſecum quaſi ipſo paciſci, et autorem in rem propriam fieri non poſſe, per ſe patet. Exemplum huiusmodi *Deciſ. XXIV.* praebet, quae fundi vxorii venditionem ab vxore factam, quippe marito, ob ſucceſſionem rerum mobilium, quae iure Saxonico ei debetur, proficuam ex ſolo mariti conſenſu perfieri non ſinit, vt potius praeterea curatoris mulieri a iudice adiuncti conſenſum requirat.

Et quoniam praeterea mulieres plerumque ſibi ipſis non ſapiunt ſatis, vt potius blanditiis maritorum facile omnia

omnia ſibi perſuaderi patiantur, prodeſſe poteſt, prudentem et bonum virum ad manum habere, eiusque conſilio in negotiis alicuius momenti vti. Profecto haec ratio ſubeſſe debet legi patriae, quae d. XVIII. Nov. anno huius ſeculi XXII. in publicum prodiit, quae, quod attinet vxores, ita ſancit: *Da hingegen wir die von denen Eheweibern bey Lebzeiten deren Ehemänner, ohne derſelben, und anderer Vormünde, da ihnen dergleichen abſonderlich verordnet, Vorbewuſst und Authorität ausgeſtellte — — — Verſchreibungen und Handlungen an ſich ſelbſt und* ipſo iure *dergeſtalt ungültig erklären, daſs ſolche auch nach des Mannes Tode nicht für verbindlich zu achten, und weder die Wittwe noch deren Erben, daferne ſelbige das Weib nach des Mannes Abſterben nicht etwa* agnoſciret, — — *daraus belanget werden mögen.* Solis receptitiis bonis per verba ſubſequentia adeo exceptis, vt quoad haec eandem, qua adultae virgines et viduae gaudent, poteſtatem iis conceſſam conſpiciamus. Conſtituti enim curatoris conſenſus, quoniam, ſi talem non habent, ſuperuacaneus habetur, oportet, vt propterea requiratur, ne contra ipſius mariti fraudes indefenſae reliquantur. Coniungenda cum hac lege eſt alia, ex qua haec ſubiecta ratio magis perſpicua prodit. Videlicet §. 1. *Tit. VIII. Ordinat. Proc. Sax. Rec.* vbi haec legimus; *Es wäre denn einem Eheweibe ein abſonderlicher* Curator in genere *beſtätiget, auf ſolchen Fall kann ſie ohne denſelben mit ihrem Ehemanne allein* actus ſpecialis mandati *nicht* expediren. *Da ſie jedoch auf Erinnerung des Richters oder Gegentheils, daſs ſie dergleichen* curatorem *habe, verſchweigen würde, ſoll ſie ſich hernachmals damit nicht zu behelfen haben, ſondern daſsjenige, ſo ſie mit ihrem Ehemanne allein verrichtet, nichts deſtoweniger beſtändig ſeyn.*

Ex vtraque hac lege ſequentem iuris patrii rationem conſtituo. Propter ſexus imbecillitatem ſic viſum fuiſſe vxoribus patrocinari, vt iis concederetur, praeter maritum alium curatorem cooptare, eiusque conſilio in iis rebus, quas marito commiſerint, vti, vt, ſi circa has, inconſulto conſiliario, mariti ſuaſu obligationem inierint, ab hoc circumuentae habeantur, et reſtituantur, illaque reſtitutione tum demum, ſi, a creditore interrogatae, eiusmodi conſiliarium ſibi ſupereſſe negauerint, videlicet ob dolum hac negatione commiſſum, indignae habeantur. Conſequitur ex his, ſi mulier condictioni ex chirographo a ſe et marito ſubſcripto contra ſe inſtitutae, exceptionem deficientis conſenſus curatoris ſibi a iudice adiuncti opponit, hanc defenſionem legitimam exiſtimandam eſſe, modo curatoris conſtitutio chirographo antiquior, neque ex hoc illius diſſimulatio appareat.

Quae quo luculentius ex dd. ll. apparent, eo magis mirandum eſt, ſi fori vſum hac in re minus conſtantem conſpicimus.

Intelligebamus enim ex actis iudicialibus a Praefecto Stolpenſi menſ. Novembr. ad nos transmiſſis, eandem debitricem eadem defenſione munitam bis damnatam, ſemel abſolutam. Et quanquam, in quibus cauſis damnatoriam retulerat ſententiam, prouocationes ad ſummum tribunal interpoſitae reiectae fuerant, nos abſolutoriam ex interpoſita leuteratione acceptam in peiorem transformare nobis non poſſe videbamur. Aſſumere enim, doloſe omiſſam eſſe conſtituti curatoris ſubnotationem, quod ſuſpicor fundamentum fuiſſe ſententiarum in cauſis adiectis, notiſſima illa iuris regula, quae donec probetur contrarium, quemlibet bonum praeſumere praecipit, eo minus permittit, quo magis eam in re praeſente §. 1. *Tit. VIII. Legis Iudic. Nouiſſ.* confir-

confirmat. Cui, cur non aeque in negotiis extra iudicium peractis locus esse possit ac debeat, non apparet. Igitur, quemadmodum consultum est, debitoris asseuerationem, se annum aetatis vigesimum quintum superasse cambio inseri, ad hunc nostrum locum quod attinet, professio debitricis, sibi praeter maritum curatorem non esse, ipsi chirographo inserta optimam creditori suppeditat cautionem.

Sed, quoniam leges, quas adduxi, loquuntur, non est vt praeter nostrae sententiae copiam plura addam. Est vero haec: *Nunmehro, was die dritte Beschwehrde betrift, aus den Akten so viel zu befinden; daſs Klägerin die verursachten Prozeſs-Kosten Beklagter zu erstatten nicht verbunden, sondern es sind selbige gegen einander aufzuheben: Und weil Klägerin anzuführen nicht vermocht hat, daſs Beklagte gegen sie auf vorgängige Anfrage, ob sie einen ihr gerichtlich zugeordneten* Curatorem *habe, dieses verschwiegen, oder gar verneinet, in welchem Falle allein die Erl. Proz. Ordn.* Tit. VIII. §. 1. *die Uebergehung des bestätigten* Curatoris *für unschädlich geachtet wissen will, mithin es auſserdem bey der im Befehle vom 18ten November* 1722. *enthaltenen Vorschrift bewendet, so bleibt es im übrigen der eingewannten Leuterung ungeachtet, bey dem am* 30 *May* 1797. *eröfneten*, fol. 33. ff. *befindlichem Urthel billig. V. R. W.*

RESPONS. XXXVI.

Num ciuiles adulterii effectus desertionem sequantur.

Liberiorem a coniuge diuertendi licentiam Romanis fuisse, quam nobis, nemo negabit, si l. 8. §. 2. sq. et Nov. XXII. Cap. XV. §. 1. sq. cum nostris diuortii caussis, quas consistoria ad adulteria, malitiosam desertionem, et insidias vitae structas restringere scimus omnes, comparamus. Et quanquam rationis est, a coniuge qua tali abstinere, qui infamiam sibi contraxit, nihil refert, huic rei longius inhaerere. Hoc vnum volo, quoniam in diuersas partes ire Ictos intellexi, quam adulterium operatur bonorum amissionem, num desertio non minus efficiat.

Nimirum ante aliquot menses controuersia eiusmodi coram praetorio Lipsiensi agitata ad nos deferebatur. Maritus, instituto contra vxorem tanquam desertricem coram Iudice Ecclesiastico Processu, diuortium obtinuerat. Quo facto socrum aggressus, vt, quam filiae deberet pecuniam, quippe desertione commissam, sibi solueret, parum propitiam a Scabinatu Lipsiensi acceperat sententiam, his quidem verbis conceptam: *Dieweil Kläger nach seinem Anführen und dem rechtskräftigen Abschiede fol.* 1 : 9. *wegen bösslicher Verlassung des Eheweibes bereits im Iahre* 1737 *gänzlich geschieden worden*, *mithin seitdem*, soluto matrimonio, *weder* vsufructuarius *noch* administrator legitimus *des seinem gewesenen Eheweibe zugehörigen Vermögens ist*, *derselbe auch an deren väterlichen Erbtheile*, *da diessfalls* illatio dotis *ermangelt*, *und das erfolgte Ableben der vorbemeldeten nicht angeführet worden*, *um so weniger einigen Anspruch machen kann; Immaassen überhaupt die aus dem Ehebruche entstehende* amissio dotis

tis *auf den Fall der böſslichen Verlaſſung ſich nicht erſtrecket; So hat Klägers Suchen nicht ſtatt.*

Defuncta interea temporis rea, factaque nominis ceſſione, poſt interpoſitam leuterationem ceſſionarii votis ſententia a noſtro collegio lata omnino reſpondit, cauſaque ad Senatum prouocationum deuoluta, obtinuit, his verbis concepta: *Nunmehro aus denen Akten ſo viel zu befinden, daſs Klägers Suchen für unſtatthaft nicht zu achten, ſondern es iſt Beklagter die von Klägers Cedenten wider ſeiner Erblaſſerin Adminiſtrations-Rechnungen gemachten Erinnerungen, unter der Verwarnung, daſs ſie widrigenfalls für gegründet angenommen werden ſollen in Sächſiſcher Friſt zu beantworten ſchuldig; Ferner darauf etc.* adiectis, quod attinet ad rem praeſentem, rationibus his quidem; *Dieweil eines Theils der Verluſt des weiblichen Einbringens Seiten der Ehefrau bey Eheſcheidungen nicht bloſs auf den Fall des Ehebruchs eingeſchränkt, ſondern vielmehr nach den klaren Worten der Geſetze überhaupt alsdenn ſtatt finden ſoll, wenn die Trennung der Ehe durch des Eheweibes Schuld veranlaſset worden*, l. 24. C. d. Iur. Dot. l. 8. C. d. Repud. Nov. XXII. cap. 15. §. 2. cap. IV. X. d. Donatt. *Daher nach der Auslegung und Meinung bewährter Rechtslehrer dieſe Strafe auch auf die böſsliche Verlaſſung wohl erſtrecket werden mag* CARPZ. Iurispr. eccl. L. III. Tit. V. def. 71. n. 11. BOEHMER in Iur. Eccl. Proteſtantt. L. IV. Tit. XX. §. 30 IOH. SAM. FR. BOEHMER in Obſeruatt. ad Carpzou. Pract. rer. criminal. Part. II. Quaeſt. 58. Obſeru. II. PUFFENDORF in Obſeruat. Iur. Vniuerſ. Tom. IV. Obſeruat. 240. §. 1. HOMMEL. Rhapſ. Obſeru. DCIX. *Andern Theils der im Frage befangene Anſpruch zu der Ehefrauen Vermögen bereits in ſtehender Ehe unſtreitig gehöret, darauf aber, ob er als* dos *oder paraphernal Guth anzu-*

 ſehen,

ſehen, nach hieſigen Landes-Rechten nichts ankommt, arg. Conſt. XXI Part. IV. ibique CARPZOU. MENCKEN. ad Pand. L. XLVIII. Tit. V. §. 9. LEYSER. Spec. DLXXIX. Medit. 5. HOMMEL. Rhapſ. Obſ. 361.

Neque tamen deſunt argumenta, quae, vt ſententiam ſcabinorum amplectamur, et cum deſertrice mitius, quam cum adultera agendum eſſe, ſtatuamus, nobis perſuadeant. Antiquo videlicet Romanorum iure a ſolis mulieribus, non aeque a viris adulteria committi exiſtimabantur, et liberior patebat diuertendi licentia. Quod quanquam THEODOSII et IUSTINIANI conſtitutionibus, quas *dd. l.* 8. *C. d. Repud.* et *Nov. XXII cap.* 15. continent, immutatum, et iura coniugum magis exaequata conſpicimus, bonorum iacturam tamen iuſta diuortia comitantem ſimul deprehendimus ad lucra reſtrictam pactis nuptialibus definita, dotem videlicet, et propter nuptias donationem.

Ius noſtrum diuertendi veniam ob ſolam tribuit coniugalis fidei violationem, et propter adulterium, quo haec potiſſimum committitur, non ſolum donis nuptialibus adulterum exuit, verum potius, quod ex dd. locc. facile colligimus, eum ciuiliter mortuum cenſet, ob eamque rem inſonti, quaſi ſuperſtiti, ea omnia largitur, quae propter mortem alterius naturalem habiturus fuiſſet, quippe marito mobilia, niſi quid his ob legitimam liberis vel parentibus debitam decreſcat, vxori contra adulterium paſſae ſtatutariam portionem. Ad hanc vero bonorum ammiſſionem et quaſi ſucceſſionem exigunt, vt, commiſſum eſſe adulterium, conſtet. Contra, ſi propter ea, quae rem comitantur, vi cap. XII. X. d. Praeſumt. commiſſum habeatur, ſaluis vtriusque bonis, ſoli diuortio ſuffragantur. v. HOMMEL. Rhapſ. Obſ. 487.

Quae

Quae quum ita ſint, inſidias quidem vitae alterius ſtructas propter atrociorem facinoris prauitatem adulterio aequipollere et eiusmodi bonorum iacturam operari, pro iuſtitiae aequitatisque ſenſu, qui in me eſt, lubens largior, (quanquam memini, oblato eiusmodi exemplo, contrarium collegio placuiſſe,) vt vero, ad deſertionem quod attinet, aienti ſententiae ſubſcribam, a me impetrare non poſſum.

Non cuiuscunque modi deſertionem, ſolam ex malo aduerſus coniugem animo proficiscentem diuortio locum dare, largiuntur omnes. Hanc malitiam iudex aſſumit, ſi deſerens, praeuia trina edictali citatione, in contumacia perſeverat, deſertumque ab obligatione matrimoniali liberat. Igitur, etſi ponimus, deſertionem malitioſam perſe, non ex adulterii a deſerente commiſſi praeſumtione ſolutionem coniugalis vinculi operari, certe, ſi ex eiusmodi decreto Conſiſtorii eccleſiaſtici repetitur, ex hoſtili deſerentis in deſertum animo profectam eſſe, non probatum apparet, tantum praeſumiſur.

Ecquis vero non manifeſtum hac in re conſpiciat principiorum conflictum, ſi videat, dotis, aliorumque bonorum amiſſionem non ex praeſumto, ex probato tantum adulterio decerni, nec decerni, quoniam poenalia protendere nefas habetur, propter inſidias coniugis vitae ſtructas, vel intentatum parricidium, denique decerni ob deſertionem, quae doloſa eſſe fingitur.

Quamquam, fictae ad irrogandam poenam non eandem cum vera conuictione vim eſſe, neminem praeterit. Adeoque perſuaſum habeo, ex decreto, quo diuortium deſerentis contumaciae ſuperſtruitur, dotis aliorumque bonorum iacturam ſtatui iure non

posse, ex vsuali potius interpretatione, iuris rationi haud consentanea, hoc vince petendum esse.

Neque id mirum, siquidem dici vix potest, quoties numero et auctoritate exemplorum in errores nos abduci patiamur, vt, quemadmodum, quod vsu ab aliis frequentatur, rationi omnino conueniat an minus, sponte sequimur, et quodammodo sequi debere, nobismet ipsi videmur, communes aliorum opiniones amplectamur, easque ad veritatis tribunal reuocare supersedeamus.

In eiusmodi rerum censum hoc etiam pertinere inueni, si indicendis orationibus stipendii percipiendi causa publice recitandis prolixas tractationes praemittimus, stipendio adiuti impensis prelo subiiciendas, qua re beneficii parte eum nullo iure priuamus. Ideoque constitui, programmata propterea conscribenda more maiorum non vltra vnam chartae plagulam protendere.

RE-

RESPONS. XXXVII.

A quo parente, facto diuortio, liberi educandi sint.

Quaestionem, an maritus propter adulterium a se commissum patria potestate in liberos priuandus sit, iure romano inanem esse, nemo facile dubitauerit. Si ex *l.* quidem 6. §. 1. *l.* 13. §. 6. *l.* 34. §. 1. *ad L. Iul. de Adulter.* et *l.* 1. C. *eod.* intelligimus, hoc iure a sola vxore, non a marito, nisi cum alterius vxore committi adulterium. Non minus otiosa ex lege Saxonica ecclesiastica et matrimoniali videri possit, quae maritum adulterum, cui vxor adulterium passa iniuriam sibi illatam non condonauit, capite plectendum exponit. Verum quoniam antiquo iure rigor legis vix vnquam locum habuit, et ius nouum poenam capitis omnino sustulit, effectus adulterii ciuiles curatius inuestigare conducit.

Quodsi patriam potestatem intuemur, quae iure romano liberos soli patri subiicit, cuiusque expertem eum ob adulterium, vel, si mauis, stuprum commissum nulla lex facit, vix dubitari posse videtur, diuortium, etiamsi ob adulterium a marito commissum decretum fuerit, haud efficere, vt liberi matrem potius, quam patrem, sequi teneantur. Accedit, quod scimus omnes, ac Titul. Digestorum, de agnoscendis et alendis liberis docemur, alere liberos iisque omnia ad vitam transigendam necessaria subsidia suppeditare, principalem patris esse, legitimus sit, an naturalis, obligationem. Quam regulam Decisiones Electorales Saxoniae nouissimae d. a. 1746. XXIIX. ac XXX. confirmant. Quam ob rem, si stuprum passa, pecuniae ad alendum infantem causa, stupratorem aggreditur, isque ad suscipiendum eum et in domo sua alendum

paratum se profitetur, saepissime perspexeris, iudicem in hac patris voluntate acquiescere, nihilque amplius matri deberi sententia sua pronunciare. Cuiusmodi tamen patrem, et quem nos ante oculos habemus, hoc interest, vt nostrum ciuiles matrimonii effectus, patria videlicet potestas, et quae illam iura obligationesque sequuntur, minime vero illum comitentur.

Res eo redit, vt patriam potestatem, quam ius romanum constituit, ab illo nexu, quem natura ipsa parentes inter et liberos induxit, separemus, simulque consideremus, istum ambitum et rigorem, quem ab origine patria potestas sibi vindicauit, ipsumque ius romanum pedetentim coarctauit, nostro iure naturae praeceptis magis accommodatum, publicaeque magistratus tutelae et imperio subordinatum et subiectum esse. Iudici igitur incumbit, rem ita componere, vt saluti potissimum liberorum prospiciat, simulque, quantum salua eorum incolumitate fieri possit, parentum iura, matris aeque, ac patris tueatur. Adeoque patrem naturalem non semper et indistincte audiendum esse putet, qui suscipiendi infantis promissione alimentorum matri suppeditandorum subterfugere onus gestit, vt potius eo simul, fixum is domicilium, instructamque familiam, et mulieres in curando infante adiutrices habeat, an minus, oculos conuertere debeat.

Eandem ob causam diuortium inter coniuges factum, maritus an vxor deliquerit, neutrum eorum, iuribus ex coniugio in liberos quaesitis priuat, neutrumque ab obligatione ei iure imposita liberat. Vt de vsufructu patris ex bonis liberorum aduentitiis capiendo, de horum obligatione, vtriusque parentis consensum in sponsalia, quae meditantur, implorandi, de patris necessitate liberos alendi, et, quae id genus alia sunt,

non

non dubitemus. Et, si patris et matris iura inuicem pugnare, nec vtraque omnino integra seruari posse videantur, ei potissimum patrocinemur, ex quo maior appareat in liberos redundare vtilitas.

Praesertim in iure dubium videtur, quocum parentum, facto diuortio, liberi commorari debeant. Erraret, qui huius consuetudinis expertem adulterum, delicti commissi causa, diceret, nec minus a vero aberraret, qui patriae potestatis causa, matris petitionem putaret plane reiiciendam esse. Delictum videlicet mutua coniugum iura mutat, liberorum non aeque ingreditur. Et contra, quemadmodum propter potestatem tutori datam non oportet, vt in domo et conspectu eius pupillus educetur, *tot. titul. vbi pupill. educar.* etc. aeque minus apparet, quidni, salua patris potestate, liberi in matris domo versari et ab ea educari possint. Quam ob rem existimo, hanc litem ex commodo liberorum esse iudicandam et finiendam. Vsu obtinuit, vt filii patri educandi, filiae matri committantur. Quam normam tanquam regulam probo, tantum non omni exceptione maiorem. Vt potius, si alterutra pars erronem agat, fixo domicilio expertem, vel vitam opprobrio plenam, alteri insonti vitamque bene ordinatam viuenti liberos, sine sexus discrimine, omnes committendos esse ducam, salua patris nauci, vt sumtus educationis praebeat, obligatione.

Huc pertinet sententia a nobis, praeuia Praefecti Augustoburgensis consultatione his verbis Mſ. Nouembr. 1792 concepta: *Dieweil in Gesetzen nicht geordnet, dass Ehemänner, welche durch begangenen Ehebruch die Ehescheidung veranlasset, desshalb der väterlichen Gewalt über ihre in solcher Ehe erzeugten Kinder verlustig werden sollen; Und, wenn schon nach heutigen Rechten*

die

die Befugniſſe derer Aeltern zum Theil vielmehr auf der natürlichen Verwandſchaft und Abſtammung, als auf andern Grundſätzen beruhen, auch deſshalb denen Müttern ein mehreres, als ihnen die Römiſchen Geſetze geſtatten, nachgelaſſen wird, gleichwohl dieſe Erweiterung derer mütterlichen Gerechtſame nach erfolgter Trennung des Ehebunds den Richter nur dazu berechtiget, die Erziehung demjenigen Theile anzuvertrauen, von welchem wahrſcheinlich für die Kinder der meiſte Vortheil zu vermuthen, dieſes aber allhier, da bereits halberzogene Söhne vorhanden, von Bekltem vielmehr, als der Klin zu erwarten, ſo hat der letztern Suchen nicht ſtatt. V. R. W.

RESPONS. XXXVIII.

Etiam hodie quinque liberi a munere publico excuſant.

Dubitari poterat, excuſatio a numero liberorum petita, oblato tutelae vel alio ciuili munere, locum inter nos obtineat an minus. Partim enim nuptiarum, ad quas ineundas expoſitis praemiis euocare non oportet, fauor apud nos tantus eſſe non poteſt. Quippe non omnes, ſoli legitimi hanc vacationem *l.* 2. §. 3. *D. d. Excuſatt.* tribuunt. Partim illa, quoad numerum, diſtinctio, tres, quatuor, an quinque ſuppetere debeant, quatenus pater vel Romae vel in Italia vel in Prouinciis habitet, pr. I. d Excuſat. ad Germaniam nullo reſpectu pertinere poſſe videtur. Siquidem Germaniam Roma ſibi nunquam ſubiicere valuit. Vt nec deſint optime notae interpretes SCHILTER *Exercit.* 37. § 155. qui hanc immunitatem non vbique inualuiſſe confiteantur.

Verum, quoniam receptio Iuris Romani vniuerſalis eſt, nec illa immunitatis cauſa a numero quinque liberorum repetita, *l.* 3. *C. d. his qui num. liberor. etc.* confirmata, noſtrae ciuitatis rationi repugnat, vt eam potius *Lex Tutelar. Noviſſ. Cap. IX.* §. 1. in deferendo munere tutelae diſerte probauerit, eandem muneri Iudicis pagani ſibi oblato oppoſitam admittere, interrogante Iudice pagi cui nomen eſt *Niederſteinpleiſs*, nuper non dubitauimus his verbis: *Dieweil dem Anführen I. G. Z daſs er ſechs unerzogene Kinder habe, und auſser ſeinem Nahmen nichts ſchreiben könne, Theils nicht wiederſprochen, Theils ſolches als wahr* fol. 21. *bekräftiget worden; So mag demſelben, zu Folge der* l. 3. C. d. his, qui num. liberor. etc. *und der Vormundſch. Ordn.* Cap. IX. §. 1. *die Uebernahme des Richter-Amts nicht angeſonnen werden; Es iſt auch derſelbe mit Abforderung einiger Unkoſten, als welche Obrigkeits wegen zu übertragen, zu verſchonen V. R. W.*

RE-

RESPONS. XXXIX.

Fructus industriales fundi filiifamilias, labore ante emancipationem peracto, non huic, sed patri cedunt.

Agros fundi ex haereditate matris in filium deuoluti pater ſeminauerat raſtroque ſubegerat. Quo facto, quum filius res ſuas ſibi habere cepiſſet, et per hoc patriam poteſtatem exiiſſet, fructus eſſe ſuos, vterque contendebat. Pater ad *Conſt. XXXII. Part. III.* prouocabat, fructusque ob laborem in colendo fundo peractum ad ſe pertinere propugnabat. Filius contra hanc legem, in definienda ſucceſſione ex cauſa mortis occupatam, negabat ſe obligare. Collegium noſtrum, cauſa ad ſe deuoluta, patris petitionem legibus conſentaneam exiſtimauit filiumque fructus reſtituere iuſſit. An recte, videamus. Res eo redit, vt primum conſtare debeat, ex iure romano controuerſia decidenda ſit, an germanico? Si perſuaſum haberem, regulae, quam CARPZOV. in *Deciſ. XVI. ad dict. Conſt. XXXII.* tradit, ſubſcribendum eſſe, ius romanum ſequi nemo dubitaret. Eſt vero eius regula haec: Videndum eſſe, dominium penes vnum, an inter duos ita diuiſum ſit, vt alter directus, vtilis alter dominus appareat. Minus pleni domini iura ſecundum praecepta Germanorum, pleni Romanorum aeſtimanda eſſe. Verum enimuero quanquam rationem Romanorum in diſtribuendis fructibus, illa Germanorum longe aequiorem adeoque probabiliorem agnoſco, ſiquidem diſtributionem pro temporis rata inſtituere praecipiunt, vt videlicet euincatur, quanti fructus integri anni aeſtimandi ſint, et cuilibet ex toto pro eius temporis rata tribuatur, pro qua praeceptio ad eum pertineat, quod, ſi locatus ſit fundus, per ſe ex locario apparet: *l. 7. ſolut. matrim.*

§. 1.

§. 1. ff. Nos tamen Germanorum consuetudinem, tribuendi fructus industriales ei, qui partem laboris maximam, eorundem percipiendorum causa necessariam, peregerit, omnino obligare existimo, mors, an personarum conditio perceptionis mutationem induxerit, plenumque, an minus plenum dominium subesse appareat.

Vt ita sentiam, ipsa *Const. XXXII. Part. III.* me mouet. Nemo dubitauerit, sententiam legislatoris fuisse, Saxonum consuetudinem in *art. 58. Lib. II.* et *art. 76. Lib. III. Iur. Prou. Sax.* obuiam confirmare. Art. 58. *verb. Woferne ein Kind etc.* tractat ius domini, qui vasalli minorennis tutelam gesserit, eique fructus durante tutela perceptos, et secundum adductam rationem pro perceptis habendos, appellatione *des Angefells, Anfalls*, de quo prolixius SCHILTER. *in Commentar.* ad *Cap. 55. Iur. Feud. Alemann.* tribuit. Dein *d. Const.* verb. *Gleichfalls da ein Weib liegende Gründe hat etc.* sat clare innuit, legislatorem nolle, vt aliam computandi distribuendique fructus rationem in allodiis, aliamque in feudis sequamur. Haec duo coniunctim efficiunt, in rebus pleni vel minus pleni dominii iure possessis, si vel mutata personarum conditio, vel mors mutauerit fructuum perceptionem, lites inter antecessorem et successorem ortas secundum iuris Germanici rationem esse dirimendas.

Adeoque simul efficitur, in controuersia nobis oblata recte iudicatum esse.

RE-

RESPONS. XL.

Legitimatio, quam ad patris preces tribuendae filio successionis legitimae causa Princeps largitur, an legitimi iura omnino tribuat.

Legitimatio filii naturalis vel spurii a Principe facta ius haereditarium tribuat an minus, non leuis controversia. De qua, vt recte iudicemus, non tam romani, quam hodierni iuris rationem intueri oportet. Etenim quia leges nostrae concubinatum improbant, certum est, non matris qualitatem, vt amicae loco fuerit habita, quae sola iure romano legitimationi locum facit, *Nou. 89. Cap. 8. 9.* partus potius agnitionem patris certitudinem operari. Ex quo consequitur, in patris arbitrio constitui, malitne subsequenti matrimonio illegitimae proli legitimorum natalium iura impertiri, an Principis clementiam eorum assequendorum causa implorare, adeoque requisitum, quod in defectu matris, quae duci possit, *d. cap. 9.* collocat, vt legitimandi copia sit Principi, nostro iure exulare. Qua de re, quantum scio, inter ICtos nemo dubitat.

Ipsa quidem quotidiana experientia docemur, non eosdem vtriusque generis legitimationis semper effectus esse solere. Neque id mirum. Neminem fugit irrationalis illa consuetudo, ex peruersa hominum opinione profecta, quae illegitimo coitu procreatis leuis notae maculam adspergit, quantopere aliis virtute ac scientia praepolleant, munera dignitatesque ambientibus obstantem. Hanc Princeps imploratus a spurio maculam tollit, et, quam legitime nati sibi vindicant existimationem, inconsulto eius patre, tribuit. Quid enim, hoc non fieri, patris interesse possit? Ad reliquos quod attinet effectus legitimae natiuitatis, patriam quippe

quippe poteſtatem, et fructus ex ea percipiendos, legitimamque ex altera parte in bona patris defuncti ſucceſſionem, haec, per ſe intelligitur, nec patrem, filio inuito, nec hunc, illo renuente, adipiſci poſſe. Siquidem iniquum eſſet ſui iuris hominem alterius poteſtati ſubiicere, et haeredem neceſſarium non conſentienti obtrudere.

Quod ſi vero pleniſſimum iurium obligationumque ambitum, qui natales legitimos comitatur, effici legitimatione pater et filius exoptet, id quidem priua hac lege, modo ius tertio quaeſitum non obſtet, Principem efficere poſſe, vereque efficere, non minus verum agnoſco, atque perſuaſum habeo, ius tertii, quod legitimae ſucceſſioni legitimatorum in bonis hereditariis aduerſetur, praeter legitimam liberis ex iuſto matrimonio procreatis debitam, cogitari nullum poſſe. Vt vel iniurium in Principem videatur, paternae hereditatis partem, ſuperſtite legitima prole, ſi clauſula, *non obſtante*, deficit, legitimato negare. Cuiusmodi legitimatio ad effectum capiendarum hereditatum impetrata, id ſimul ſua natura operatur, vt, quemadmodum filium ex illegitimo legitimum facit, nouum ſimul integrae genti legitimum cognatum reſtituat, adeoque patris cognatorum, ſine teſtamento defunctorum, haereditates iure ſanguinis capeſſendi copiam faciat. Cui conſecutioni argumentum ab adoptione ductum non aduerſatur, quae plene perfecta ſolum agnationis non ſanguinis ius affert, *l. 23. d. Adoptt.* etc. id eſt, coniunctionis vinculum vltra perſonas coniunctas non profert. Videlicet adoptio, tanquam fictio iure conceſſa, cogitari vix poteſt, vt ſimul ad alios non conſentientes pertineat, eosque obliget. Legitimatione contra non agitur de mutatione cognationis, verum de impedimento iuris remouendo, quod perceptioni commodo-

 rum

rum ex cognatione proficiſcentium obſtat. Illudque impedimentum vere tolli, ipſa rei appellatio dubitare non ſinit, ſi, adhuc illegitimum filium, omnino, id eſt reſpectu omnium commodorum, quae ex legitimis natalibus conſequuntur, ſe velle legitimum haberi, Princeps profitetur. Princeps, inquam, qui legislatoria poteſtate in ciuitate pollet.

Vt, quanquam ſcimus ab Imperatore vel immediate, vel mediate per comites palatinos, in vniuerſo imperio legitimorum natalium iura, quoad exiſtimationem illegitimis tribui poſſe, haereditates in Statuum Imperii territoriis iure cognationis capere eiusmodi legitimati non valeant. Quae videlicet facultas, quoniam in exemtione a iure communi nititur, in vnaquaque ciuitate a ſolo Llatore originem ducere poteſt. Quis enim leges ferendi iisque derogandi veniam comiti Palatino adſcribere ſine laeſae Maieſtatis reatu audeat? Vt, ſecundum notiſſimum illud, confirmatio nihil dat noui, ne confirmationem quidem eiusmodi legitimationis a Principe impetratam cum Frid. Es. Pvffendorf. *Tom. I. Obſeru. 241. §. 10. ſq.* hoc efficere putem, ſi documentum confirmationis, hanc eſſe Llatoris voluntatem, non diſerte profiteatur.

Quae omnia quanquam ita ſunt, exemplo eiusmodi legitimationis pridie nobis oblato, qua Sereniſſimus Saxoniae Electoralis Llator ad preces patris haud indubie declarauerat, ſe non ſolum filiae petentis extra matrimonium procreatae illegitimae natiuitatis maculam eximere, ſed ſimul etiam omnia legitime genitorum iura et inter haec facultatem capiendi haereditates impertiri, intelleximus, alios de hac re aliter ſentire. Siquidem legitima facta quum, patruo eius defuncto, partem hereditatis, quam ejus amitini occupaverant, petiiſſet,

peti-

petitionem ejus injuftam effe, fententiam tulerat, eandemque his rationibus fuperftructam.

Regularem eandemque naturalem operationem legitimationis, quae Principis refcripto efficiatur, effe, ut macula ex illegitimis natalibus profecta eximatur, famaeque integritas tribuatur. Ad confequenda fanguinis jura legitimationem per fubfequens matrimonium in jure noftro, eandemque adeo proditam apparere, *Nov. 89. Cap. 8. fq.* ut, fi huic contrahendae nihil obftare videatur, ne locum quidem refcriptum legitimatorium inveniat. Sapienti, ad vagam libidinem coercendam directo, confilio. Dein legitimationis et per hanc fanguinis jurium confequendorum folos a concubina editos, adeoque patrem certum habentes, jure communi compotes cenferi. Noftro jure, ob concubinatus prohibitionem, folum, quem juftae nuptiae demonftrent, patrem certum exiftimari. Hinc juris hodierni rationem jurium fanguinis per legitimationem adeptioni adverfari. Ex his confequi, Principem, qui patris, haec jura pro filio illegitimo petentis, precibus concefferit, exiftimandum effe, unice ad jus haereditarium filio in bona a patre aliquando profectura refpexiffe. Et, quemadmodum patri diffentienti vel invito haeres neceffarius obtrudi non poffit, non minus reliquorum ejus cognatorum confenfum ad hoc neceffarium effe, ut ejusmodi fpurius inter cognatos gentis jufte collocari, eique legitima fucceffio tribui, et per hoc jus reliquorum ex ipfa nativitate ortum minui poffit.

Prodiit etiam ante novem annos Vitebergae Differtatio viri Confultiffimi ac Celeberrimi D. GOTTLIEB WERNSTORFFII, cui rubrum eft, *De dubio legitimatorum per refcriptum Principis iure in Germania*, eo, vt videtur, animo eleganter, et cum apparatu eruditionis

tionis conscripta, vt sententiam suae Facultatis magis confirmaret, sustineretque. Rem ab origine repetit, ac demonstrat, Germanos olim castitatis adeo studiosos fuisse, vt extra legitimum coniugium procreatis nullo legitimationis medio neque ad maculam abolendam, neque ad impertienda sanguinis iura, succurri potuerit. Ex quo iura peregrina in Germania innotuerint, ciuitatisque iura nacta fuerint, aegre tandem subsequenti matrimonio cum matre illegitimorum contracto his iura sanguinis, et per Pontificum ac Principum rescripta existimationis plenitudinem tributam fuisse. Diu Germaniam restitisse legitimationi a Principibus eum ad effectum suscipiendae, vt legitimatis haereditatem patris consentientis capere liceret. Denique huiusmodi legitimationes, clausula *non obstante* instructas, vel id effecisse, vt legitimatis aequalem paternae haereditatis portionem cum legitima prole, modo, quae huic deberetur, legitima non imminuta apparuerit, capere licuerit. Dein argumentis eorum iuris interpretum, quorum non exiguus est numerus, concedit, qui existimant a Principe plenissime legitimatos omnia legitime natorum iura secundum iuris romani principia assequi, vt non patris solum, sed reliquorum simul gentilium cognatorumque cognationis iure haereditates capere valeant. Ipse tamen hanc opinionem profitetur, quia Germania iura peregrina non abrogandi, verum supplendi augendique iuris patrii studio receperit, hac etiam in re ad maiorum nostrorum consuetudines respiciendum esse. Ob eamque rem, quemadmodum Princeps illegitimo ius haereditarium in bona patris, hoc dissentiente, largiri non valeat, aeque minus eiusmodi legitimatum ad collateralium non consentientium haereditates admitti posse. Esse enim priuilegia, ne aliis noxia euadant, accipienda, et contra iuris rationem constituta ad consequentiam non pro-

producenda. Contraria ſententia conſanguineis iniuriam inferri, quia ab omni inde tempore ſpurii Germanis contemtui fuerint, et euenire poſſit, vt pater filii legitimationem, reliqua gente inconſulta ac ignorante, a Principe impetret. Denique non deeſſe magni nominis Ictos ab ipſo nominatos, eandem ſententiam tuitos.

Verum enimuero quanquam rationem iuris antiqui Germanorum eandemque iuris Romani et Canonici a Viro Conſultiſſimo ac Celeberrimo copioſe expoſitam veram agnoſco, profecto, quam in re praeſente rite iudicanda vtilitatem ſibi vindicare poſſit, non inuenio. Efficit, vt, quae fuerit origo, quae ſit natura legitimationis, cognoſcamus, vtque adeo, ſi exemplum legitimationis ex reſcripto Principis offeratur, ex quo non per ſe de Principis voluntate conſtet, ſciamus, quae vis et efficacia ei tribuenda ſit. Quemadmodum vero poteſtas Principi negari nequit, noua lege publica ius haereditarium legitimis liberis cognatisque competens cum legitimatis, quin ſpuriis a patre agnitis, communicare, aeque minus liquet, quidni idem vni alteriue priuilegio tribuere liceat. Idem WERNHER, quem *Obſ. 318. Part. VI.* ſecum conſentientem nominat WERNSDORF *Part. V. Obſ. 15. n. 8.* Principis voluntatem, haereditate nulli dum delata, potiſſimum ſpectandam eſſe profitetur.

Vnum illud argumentum aliquid veri habet, quemadmodum ſpurio Princeps ius paternae haereditatis aliquando capeſſendae inconſulto ac diſſentiente patre largiri non poſſit, aeque minus reliquis conſanguineis inuitis haeredem legitimum obtrudi poſſe. Et quoniam iure noſtro cuiuslibet liberum de rebus ſuis inter viuos et mortis cauſa ſtatuendi eſt arbitrium, id quidem largior,

 gior,

gior, iustitiam postulare, vt quilibet norit, quis ipsi aliquando haeres ex lege futurus sit, quo valeat testamento obuertere, si quem forte inter legitimos haeredem suum esse nolit, adeoque concedo, legitimationem a Principe clam impetratam insciorum cognatorum legitimam successionem non ingredi. Ii vero, quibus innotuit, cognato spurio ius legitimae cognationis a Principe ideo donatum esse, vt haereditates aliquando tanquam legitimus cognatus capessere valeat, quo ipso testamentum facere intermiserunt, existimandi sunt, eundem tanquam legitimum haeredem sibi cooptasse, quoniam ob testandi libertatem dici non potest, iure quaesito Principem eos destituisse, v. PVFFENDORF. *d. Obs. 241. Tom. I.* Et si, oblato eiusmodi exemplo, offeras probationem contrariae defuncti voluntatis, nihil magis efficies, quam cognati, qui vni ex legitimis in pari gradu secum constituto partem haereditatis negauerint, causam interserentes, testatorem coram testibus professum esse, se nolle, vt pars haereditatis ad illum perueniat. Sufficit enim, defunctum successionis legitimae rationem scire potuisse, ac, si ignorauerit, doctiores consulere debuisse, sufficit, cautionibus priuatorum iuri publico non derogari.

Quum igitur in illa lite defuncto legitimatio neptis ex fratre a Principe profecta cognita apparuisset, causa ad nos per leuterationem delata, priorem sententiam duximus reformandam, et aequalem haereditatis portionem actrici cum nepote nepteque legitimis ex sorore defuncti adscribendam esse. Adiectis rationibus:

Dieweil, wie ex fol. 35. sq. *erscheinet, Beklagte in so weit* in facto *mit Klägerin einverstanden sind, dass jene eheliche Kinder der Schwester der Verstorbenen, und diese eine uneheliche Bruders Tochter desselben, mithin aller-*

allerseits in gleichem Grade verwandt gewesen, auch nicht verneinen, daſs der Erblaſſer Klägerin als einer natürlichen und legitimir*ten Tochter seines Bruders deſſen Nachlaſs habe verabfolgen laſſen, wie denn selbige widrigenfalls die* aduerſatiuam *als eine* virtualem affirmationem, *daſs derselbe seines Bruders Erbe geworden sey, zu erweisen haben würden; Solchemnach nur zu untersuchen, ob Klägerin nach der zwischen ihr und dem verstorbenen bestandenen Verwandtschaft denselben zu beerben berechtiget gewesen; Dieses aber nach der* Legitimations-*Urkunde* ſub. A. fol. 8. ſq. Vol. I. *welche der Landesherr auf vorgängige Bitte deren Vaters ausfertigen laſſen, allerdings zu behaupten, da nach deren wörtlichen Inhalte „Klägerin die uneheliche Geburt weder inn- „noch auſserhalb Rechtens, auch sonst auf keinerley Art „und Weise zur Schande oder Schmach vorgeworffen, „und sie deſſen in allen ihren vorfallenden Angelegenhei- „„ten nicht entgelden, sondern auch zu Erbschaften „gleich anderen, so ehelich gebohren, angenommen, und „zugelaſſen merden, und bey allen Geschäften und Hand- „lungen deſſen also theilhaftig seyn, auch ohne jemands „Widerrede genieſsen sollen," welche Worte sowohl ihres Umfangs, als ihrer Deutlichkeit halber keinen Zweifel gestatten, das die Willensmeinung des Landesherrn und Gesetzgebers dahin gegangen sey, es solle Klägerin als eine eheliche Tochter I. A. v. N. zu achten, und aller aus ehelicher Geburt, sowohl in Ansehung der* exiſtimation, *als anderer Vortheile, nahmentl. der Erbnehmung theilhaftig seyn; Wannenhero um so weniger abzusehen, aus welchem Grunde sie nicht als eine ehelich gebohrne Nichte des Erblaſſers anzusehen, und als selbige mit* Be*klagten als in gleichem Grade der Verwandschaft stehenden Personen, zur Erbschaft zuzulaſſen seyn solle; Je weniger ihr Erbrecht auf die Verlaſſenschaft ihres Vaters eingeschränkt worden, und die ganze Berechtigung*

zu Erbschaften, wenn man darunter testamenti factionem passiuam *verstehen wollte, welche sie auch, als eine uneheliche Person bereits gehabt, derselben einigen Vortheil nicht verschaft haben, auch es wider die dem Fürsten gebührende Unterwürfigkeit und Ehrerbietung laufen, so wie von aller Wahrscheinlichkeit abweichen würde, wenn man annähme, es habe der Gesetzgeber etwas ganz überflüssiges und unnützes verordnen wollen; Hiernächst des Vaters Einwilligung bey der* Legimatione per Principis rescriptum *den* legitimatum *denen ehelichen gleich setzet, und, dass er als dessen rechtlicher* consanguineus *angesehen werden muss, bewirket, woraus, dass er zu dessen* Consanguineorum *Verlassenschaft ein rechtliches Erbrecht zugleich erhalten, und hierzu deren Einwilligung nicht nöthig sey, die natürliche Folge* v. Menken ad Pandectt. d. Success. iur. nouiss. §. 8. Fr. Es. Puffendorf Tom. I. Obs. 241. *eben sowohl erwächset, als jedermann sein Vermögen seinen nächsten Anverwandten, dafern er kein Testament errichtet, oder es mittelst Vertrags veräussert, hinterlassen muss; Wannenhero, da in der Regel Erbschafts-Verträge und Testamente zu errichten jedermann frey stehet, hiermit zugleich der Einwand gehoben wird, als ob durch Gestattung der* Successionis legitimae in iura quaesita agnatorum *eingegriffen werde, zu dessen Widerlegung vielmehr genug ist, dass der Erblasser, wenn er die Erbfolge* ab intestato *nicht zu gestatten willens, solche durch testamentarische Verfügung aufzuheben vermag, und, dass Seiten Verwandte nicht gleich denen Kindern einen gewissen Güter-Antheil zu fordern vermögen; Und dann aus diesem allen von selbst in die Augen leuchtet, dass die Entscheidung des vorhandenen Rechtsstreits allein auf der Frage beruhe, ob dem Landesherrn frey stehe, gleiche Erbrechte, deren sich eheliche Kinder zu erfreuen haben, denen unehelichen angedeihen zu lassen, welches,*

v. Wern-

v. Wernher P. V. Obſ. 15. n. 8. *eben ſo wenig in Zweifel zu ziehen, als verneinet werden mag, daſs alle Geſetze, in ſo weit ſie in Menſchenſatzungen beſtehen, vom Geſetzgeber nach freyer Willkühr abgeändert und aufgehoben werden können, und daſs dem Landesherrn nicht weniger das Recht zuſtehe, dieſem und jenem ſeiner Unterthanen beſondere* priuilegia, *in ſo weit dadurch nicht in anderer Eigenthums-Rechte eingegriffen wird, angedeihen zu laſſen, ſo iſt etc.*

Es hat jedoch der Durchlauchtigſte Geſetzgeber in einem unterm 4 Märtz 1796 an die dicaſteria *erlaſſenen Reſcripte huldreichſt verordnet, es ſolle keine* legitimation *dem* legitimato *ein Succeſſions-Recht in die Güther der Anverwandten des Vaters der* legitimir*ten Perſon gewähren, welche nicht dem Geſuche um die* legitimation *beygetreten wären, und müſſe dieſes aus den in der* legitimations-*Urkunde gebrauchten Ausdrücken zu erſehen ſeyn.*

RESPONS. XLI.

Quod maritus impendit, vt vxoris fundum ab onere hypothecae liberaret, haeredes a vidua jure repetunt?

Variae iuris principiorum inter se contentiones aptam impedire videntur propositae quaestionis resolutionem. Idque nostro magis, quam romano iure. Romano inquam, quod in bonis praeter dotem illatis nihil iuris marito tribuit. Hoc igitur iure si ponimus, a marito fundum dotalem pignoris nexui obstrictum sua pecunia ab hoc onere liberatum, quamdiu perdurat matrimonii vinculum, suo id commodo, vt vsurae molestiam fugeret, fecisse existimandus est: Soluto vero per mariti mortem coniugio, haeredes fundum iure suo retinent, vsque dum, quod solutum sit, restituatur. Nec refert, dimissi creditoris ius marito cessum fuerit an minus. Ecquis enim pecuniam creditori numeratam impensis necessariis, quas ius retentionis comitatur, *l. 5. princ. d. impens. in res dotal. fact.* accensere dubitauerit.

Sin proprius vxoris fundus mariti pecunia liberatus sit, vel ius ab anteriore creditore cessum, vel certe negotii gestio et in rem versio haeredibus suum repetentibus opitulatur, si non ex fructibus, quod impenderat, maritus recepit. Posito, quod, me non monente, omnes intelligunt, conuentionem deesse, ex qua cum muliere agendum esse videretur.

Iure nostro, quod marito magis proficuum praeter administrationem simul vsumfructum omnium bonorum, arbitrio mulieris antenuptiali pacto non receptorum, tribuit, res non aeque expedita videtur. Siquidem propter haec ipsa commoda ex mulieris bonis proficiscentia, omnisque vitae indiuiduum consortium,

remu-

remunerandi, ſibique ſimul ipſi ex fructuum augmento conſulendi, animum marito non inepte imputaueris, et ad excludendam haeredum petitionem ſimul notiſſimum illud huc reuocaueris, quod nullo iure cogente fiat, donandi animo factum praeſumi. Verum enimuero debiti ſolutio, aut ſui, aut vxoris cauſa, quam defendere oportet, fiat, ſit ex iuris neceſſitate, nec refert, praeuia, aut non expectata creditoris petitione, ceſſeritne, an venerit ſolutionis dies, ſoluatur. Sufficit enim, deberi, nec interfuiſſe vxoris, veniente demum die ſolui. Alia res eſſet, ſi ſub conditione debitum ante exiſtentem eandemque deficientem ſolueretur conditionem. Quo quidem facto repetitio ob defectum in rem verſionis ceſſaret.

Haec enim ſola haeredum actionem ſuſtinere poteſt, et iure ſuſtinet. Videlicet, quia ponitur fundus aeri alieno obnoxius marito illatus, idemque absque donationis profeſſione mariti pecunia liberatus. Quippe maritus, quaecunque ex re vxoris emolumenta capit, non huic, ſed legis beneficio accepta fert, et ſuſtinendo matrimonii onera compenſat. Vt, quoniam aequum eſt, vtrumque ſocium in rem communem ſuum conferre, remunerandi cauſa vere nulla ſit. Et quanquam commodior viri noſtro eſt, quam romano, conditio, ſufficit, mulierem matrimonii incommoda iniiſſe, et, vt magis commodam conditionem pacto ſibi compararet, neglexiſſe.

Neque eſt eiusmodi perſona vxor, cui, ſi quid datum eſſet, donatum exiſtimaretur. Hanc potius accepimus regulam, donandi animum in iure non praeſumi. Quam ob rem, quanquam inter coniuges donata, et morte donantis confirmata, quaſi ex mortis cauſa donatione profecta eſſent, ſuſtinentur, idoneam exin contra haeredum repetitionem excipiendi cauſam vidua non conſequi-

quitur. Exiſtimandum potius eſt, in rem vxoris impenſum a marito receptum non eſſe, quoniam ob temporarium dominium, certe vſumfructum, reddi non intererat, nequaquam, vt haeredibus, quos quisque maxime dilexiſſe cenſetur, repetendi copiam denegaret.

Igitur quemadmodum vaſallus, qui feudum aeri alieno cum conſenſu agnatorum vel ſimultanee inueſtitorum obligatum ſoluendo liberat, id habendus eſt ſui cauſa, non vt feudi ſubſtantiam augeret, feciſſe, ſuoque adeo iure haeredes a feudi ſucceſſore ſolutum repetunt, ſuffragante eiusmodi petitioni *Conſtit. Sax. El. XCVI. Pact. II. princ.* verbis *oder es wären dieſelben Schulden in nützliche Beſſerung des Lehnguths gewendet etc.* quod alio loco probaui, et iudicatis, nec non interpretum aſſenſu confirmaui, profecto non infirmiori iure mariti haeredes ſolutum, tanquam impenſum in rem dotalem, aliamue vxoriam, vt reſtituatur, viduam aggrediuntur.

Nec eſt, vt in contrariam ſententiam eamus, ſi mulier ipſa patiente viro ex fructu ſibi ſumto creditori ſatisfecit. Vt potius etiam tum, modo res tanti ſit, quod ex rei qualitate iudicis eſt arbitrari, modica enim praetor non curat, exiſtimemus, virum conſenſiſſe, vt vſurae moleſtiam effugiat, non vt ſuo et haeredum diſpendio augeat mulieris patrimonium. Idemque adeo in ipſo marito iuris eſſe ob rationis ſimilitudinem per ſe intelligitur, ſi, matrimonio vxoris morte ſoluto, fundi ad eius haeredes deuoluuntur.

In hunc modum ante annum et quoad excurrit Praefecto Dresdano in cauſa *F. C. S.* aduerſus *M. D. T.* reſpondimus his verbis: *Dieweil auſser den zu Unterſtützung vorigen Erkenntniſſes angezogenen Rechtsgründen allhier auch noch dieſes in Erwägung zu ziehen iſt,*

ist, dass Eheweiber über ihr Vermögen wegen des dem Ehemanne gebührenden Niessbrauchs, und der Succession *in das bewegliche, ohne des letztern Einwilligung zu disponiren nach der 10ten* Const. Part. II. *und der 24sten* Decis. *nicht berechtiget sind, mithin, wenn es gleichwohl geschehen, und ein beschuldetes Grundstück gelöset worden, den Wittwer der Anspruch auf Entschädigung wider die Erben des* fundi, *sogar, wenn es mit seiner Einwilligung geschehen, da gleichwohl der* animus donandi *nicht zu präsumiren*, actio negotii gesti contraria vtilis *so wenig, als den Landerben des Vasallen, der eine Lehnschuld bezahlt hat, wider die Lehnsfolger zu verweigern ist; So bleibt es der eingewandten Leuterung ungeachtet bey dem am 17. Novemb. 1798. eröffneten,* fol. 101. ff. *befindlichen Urthel billig. V. R. W.*

Vt hoc vnum addam supersedere non possum, pertinere hanc obseruationem ad mariti iura romano et Saxonico iure definita. Quodsi enim, vti statuta loci passim habent, coniugibus durante matrimonio comparsa vel communi opera puaesita communia relinquuntur, videndum est, per in rem vxoris versionem propria mariti substantia imminuta fuerit an minus. Vt, quod huic decreuerit omnino, reliqui contra pars dimidia marito, eiusue haeredibus, certe quoad proprietatem, cedat. Si nimirum, quod ipsum nec infrequens occurrit, omnium bonorum vsusfructus superstiti coniugi ad dies vitae tribuitur.

Haec putauerim sufficere posse ad instruendum idoneum de re proposita iudicium. Siquidem per se claret, quae forte ex bonis vxoris receptitiis in reliquam eius substantiam conuersa sint, ad virum nullo iure pertinere, adeoque nec fructum eius augere posse.

RE-

RESPONS. XLII.

Quomodo ſuper agnitione partus iurandum ſit.

Solent plerumque, qui partus agnitionem petunt, non ſolum compreſſionem, ſed ſimul impraegnationem, profiteri, et ſuper integro libello iusiurandum deferre. Reus, compreſſionis ſibi conſcius, hanc affirmat, impraegnationem, quam ſcire nequit, ſe neſcire confitetur. Finita et ſententiae ſubmiſſa diſceptatione, exiſtimant alii, iubendum eſſe reum, vt iuret ſe non credere, actricem a ſe impraegnatam eſſe. Alii, quibus, vt puto, rectius collegium noſtrum ſuffragatur, damnandum eſſe, vt partum agnoſcat eique alimenta praebeat. Etenim qui mulierem a ſe compreſſam agnoſcit, eandem aut ſcit cum aliis coiiſſe, aut neſcit. Si ſcit, ſocios nominet, ſibique exceptionis congreſſus cum aliis probationem conceſſum iri expectet. Oppoſita enim haec ſine autoris nominatione exceptio tanquam nimis generalis negligitur. Sin ignorat, iure exiſtimandus eſt, credere non poſſe, actricem praeter ſe aliis ſui copiam feciſſe. Si partim quidem coitus cum aliis factum eſt, nullumque factum praeſumi patitur, ſed probationem poſtulat. Partim quilibet in iure bonus praeſumitur, ob eamque rem, quae vni conceſſit, ſimul alios amplexam fuiſſe, ſuumque corpus quaſi venum dediſſe exiſtimari non debet. Quanquam igitur, qui iusiurandum alteri defert, quaſi transactionem offert, vt concedat, aut iuret, iudici tamen ſimul incumbit, vt iurare non ſinat, quem ſciat peieraturum eſſe. Eſſe vero iuris intellectu periurum, qui credere iurat, quod credere ius vetat, quis facile negaverit. Dein ſcimus, ſola ea, quae facti ſunt, iurisiurandi delationi eſſe obnoxia, miſſis omnibus, quae de iure immiſcentur, quoniam praecepta iuris ſuo arbitrio

bitrio invertere vel immutare nemini licet. Quum itaque foemina, nisi cum mare coierit, concipere non possit, consequitur, effectum frustra negare debere, qui causam affirmaverit. Credat aut non credat, qui coitum concedit, se genitorem esse, sufficit, iure eum talem intelligi.

Quodsi vero ponimus, reum utrumque iusiurandum super compressione et impraegnatione sibi oblatum actrici retulisse, impraegnationis negationem num aeque negligere liceat, consideremus. Affirmas, quia relatum delato surrogatur, et surrogatum eius naturam sapit in cuius locum surrogatur, et ne cogitari quidem posse dicis relationem eius iurisiurandi, cuius delatio iure irrita habenda sit. Aequitatem praeterea exigere, ut, quam deferendi facultate privamus, eandem necessitati relatum iurandi aeque minus subiiciamus. Accedere nascituri favorem, cuius intersit, certum habere patrem, quem praeter matrem plerumque inopem ad alimenta sibi praebenda habeat obligatum.

Haec argumenta quamquam a specie commendationem non exiguam habent, veritatis trutinam, si quid video, non sustinent. Rem ab initio repetamus. Quemadmodum alia permulta in iure exempla evincunt, plane diversa saepius in surrogato obvenire, quam in ea re cui successit, id profecto non minus in iureiurando relato conspicimus. Qualiacunque facta sint, propria adversarii an aliena, iurisiurandi delationem admittunt, ut tantum, propria falsa esse, aliena se vera esse neque scire neque credere iureiurando suo confirmet. Quae quanquam ita sunt, actori, cui iusiurandum sui facti causa refertur, eius veritatem sua religione confirmare incumbit, eumque adeo longe alio modo iurare oportet, quam reum, intermissa relatione, oportuisset. Vt ne quidem

quidem referre liceat iusiurandum ad factum rei proprium directum. Eandemque ob causam, quoniam fictio veritati cedere debet, cedentem, non cessionarium, etsi uterque unam personam constituit, iurare iubet Ordinat. Proc. Recogn. Tit. XIIX. §. 6.

His praemissis rem praesentem aggrediamur. Ponimus actricem, quae coitum cum reo, seque ex illo praegnantem profitetur, et iusiurandum super utroque asserto defert. Ponimus, reum vel utrumque, vel impraegnationem negasse, et iusiurandum sibi oblatum retulisse. Si prius affirmat et iuriiurando super posteriori delato se offert, actrici quidem suum factum impugnare impari contradicere non licet, verum ob rationes supra oppositas officium iudicis intervenit, idemque, dum iurare non sinit, eidem actrici patrocinatur. Sin vero reus iusiurandum sibi delatum refert, eoque ipso actricem, quae scire debet, cum reo solo, an cum pluribus rem habuerit, quasi sui ipsius iudicem constituit, eximendae illius necessitatis causa omnino exulat. Etenim nec mater veritatis facti, quod professa fuit, religiosam asseverationem declinare valet, nec nascituri favor tantum efficere, ut veritas fictioni cedat, utque, dum ei patrocinemur, summam reo iniuriam inferamus.

His rationibus permoti delatum super impraegnatione iusiurandum insuper habemus, relatum contra subsistere, iurandique necessitatem illud consequi statuimus, et quacunque occasione nobis oblata in hunc modum pronunciamus.

RE-

RESPONS. XLIII.

Vis praesumtionis, pater est, quem justae nuptiae demonstrant, justis limitibus circumscripta.

Anno MDCCXCV. acta iudicialia ad nos redibant, et in meas manus veniebant, coram praetorio Reichenbacensi gesta, ex quibus cum intellexissem, aliam Dicasteriis Lipsiensibus, aliamque Senatui Provocationum sententiam placuisse, statim in mentem veniebat, utra verior et iustior esse videatur, curate inquirere. Quum enim cuiuscunque collegii, imo et summo loco constituti, membra homines simus, erroribus obnoxii, ut, quod de suo tempore VLPIANVS *in princ. l. 1. D. d. Appellatt.* fatetur, *non utique novissimam sententiam laturum melius pronunciare, ut potius non nunquam bene latas sententias in peius reformet*, nec hodie sit infrequens, equidem, qui illustri huic collegio per tria propemodum lustra interfui, veritatis studiosus, vix vereor propterea videri arrogans, aliamve ob causam vituperabilis.

Nimirum Maiansia quaedam a marito suo domo expulsa, mense d. ai post enixa, eum convenerat, ut partum editum agnosceret et aleret, facta simul paternitatis in libello diserte mentione, iunctaque iurisiurandi delatione. Reus, etsi cum actrice rem habuisse negaverat, et juriiurando se obtulerat, quoniam propter nuptias pater habendus esset, infantem agnoscere et alere iussus erat, nec interposita leuteratione sors ei cesserat opportunior. Steterat adhuc sententia his verbis concepta; *Dieweil ein Ehemann für den Vater des währender Ehe gebohrnen oder empfangenen Kinds denen Rechten nach so lange zu halten ist, bis das Gegentheil dergestalt, dass nicht der geringste Zweifel diessfalls weiter übrig, dargethan; Hierbey aber die Gewissensrührung um so weni-*

 ger

ger statt finden kann, da nicht einmal das eigne Bekenntniss der Mutter, oder die gleichförmige Erklärung beyder Ehegatten dazu hinreichend, so ist Bekl. da er Klin des ihr beygemessenen Ehebruchs halber, dessen sie jedoch für unschuldig geachtet worden, am 10. Jan. 1790 von sich aus dem Hause gestossen zu haben eingeräumet, das von selbiger am 2. Febr. desselben Jahrs zur Welt gebohrne Kind für das seinige anzuerkennen, demselben entweder in seinem Hause den nöthigen Unterhalt und Wartung zu verschaffen, oder Klin, so lange sie von ihm gesondert lebet, zu dessen Unterhalte wöchentlich 12 Gr. zu reichen — — schuldig.

Provocationum Senatui vero, ad quem haec lis per appellationem devoluta erat, alia omnia statuenda videbantur. Decrevit enim sic; *Dass wohl appelliret, derowegen Appellant das von Appellatin am 2. Februar 1790. zur Welt gebohrne Kind für das seinige zu erkennen, demselben entweder in seinem Hause den nöthigen Unterhalt und Wartung zu verschaffen, oder Appellatin, so lange sie von ihm gesondert lebet, hierzu wöchentlich 12 Gr. zu reichen, und die auf dessen Geburth und Taufe verwendeten, nebst denen Process-Kosten zu erstatten, noch zur Zeit nicht schuldig: Sondern, weil Appellant auf die erhobene Klage geantwortet, deren aber nicht allenthalben geständig, so ist dessen Principal den ihm über den 8. 9. 10. 11. und 13den Punkt der Antwort deferirten Haupteyd, jedoch beym 9ten anstatt derer Worte: für beständig fast, diese: vom 10den bis zum 7den Monath, von Appellatin am 2. Febr. 1790. erfolgter Niederkunft zurückgerechnet, nach vorhergehenden Appellatin Eyde für Gefährde zu schwören schuldig, ferner darauf zu beschehen, was recht ist.*

Ex

Ex quo iudicato postquam reus iureiurando suo, falsa esse in libello prolata, coitum videlicet rei cum actrice, partusque ex eiusmodi coitu conceptionem, evicerat, actis iudicialibus, ex quibus haec omnia apparebant, novae sententiae ferendae causa iterum acceptis, non potuimus non reum absolvere, et expensas ob calumniae iuramentum ab actrice praestitum compensare.

Vt vero, quid mihi de hac re videatur, exponam, ingenue fateor, Senatus provocationum sententiam se mihi rectiorem iustioremque approbasse, quam a nostro collegio et Scabinis Lipsiensibus pronunciatam. Illam in hoc uno improbandam duco, quod, praeter coitum actricis et rei, simul inpraegnationem ex illo insecutam rei religioni submiserat, et ne quidem hanc, tanquam certam et veram ab actrice propositam, de credulitate abiurari iusserat. Iudicis est, cavere, ne super eiusmodi assertis iuretur, quae, ab adversario negentur, an affirmentur, litis decisioni non inserviunt. Et quemadmodum reus ab obligatione in lege sibi imposita eius inficiatione se non liberat, aeque minus iuvare potest, si negat, rectius dixeris, non credit, quae in iure credenda, seu, tanquam vera accipienda sunt.

Ponamus in re praesente, Maiansium coitum cum uxore seminis immissione perfectum affirmasse, negasse inpraegnationem ex eo consecutam. Quis facile hanc negationem damnationi moram facere somniatus fuerit. Scilicet inpraegnatio tanquam effectus coitus naturalis credenda, et propter praesumtionem iuris, huius responsi rubro inscriptam, eandemque ex favore partus oriundam, (en veram significationem, et vim huius legitimae praesumtionis, prout infra evincam,) vel tum assumenda est, si adulterium uxori exceptionis

 loco

loco obiiciatur. Iam in re nostra porro ponamus, Maiansium in termino iurandi causa a iudice constituto coitum demum affirmasse, in negatione inpraegnationis vero perstitisse, et, ad rem iudicatam provocando, iuriiurando se obtulisse. Huic iniustae petitioni aut iure suo actricem et iudicem, nova sententia opus esse excipientes, contradixisse, aut concessisse.

Si prius, reum indubius damnarem, ratione, ut honor iudicato exhiberetur, usus, iurisiurandi concessionem respectu inpraegnationis accipiendam esse sub conditione, quippe abiurandi coitus: Sin posterius, aequitas et ius non sine gravissimo iudicati opprobrio eandem sententiam flagitaret.

Ad sententiam dicasteriorum quod attinet, id largior, liberos constante matrimonio editos legitimos haberi, sceleris insons, an adulterii rea sit mulier. Hoc inprimis intelligimus ex *l. 11. §. 9. D. ad L. Jul. d. Adulter.* eiusque his verbis, *non utique crimen adulterii, quod mulieri obiicitur, infanti praeiudicat, cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse*, nec non ex *l 29. §. 1. d. Probatt.* ubi, *quum mulier gravida repudiata, absente marito filium enixa, et spurium in actis professa, denique, an professio a matre irata facta filio obsit, quaesitum esset*, ICtus respondit, *veritati locum superfore.* Vt adeo eiusmodi partus, non prout alius mulieris, quae cum duobus pluribusve rem habuit, pater incertus censeri debeat. Cuius exceptionis et praesumtionis rationem partim in favore matrimonii, partim in quotidiana viri et mulieris consuetudine duco collocandam esse.

Sed hoc ita demum, prout BERGER. in *Oecon. Iur. Lib. I. Tit. II. §. 2. not. 8.* recte monet, *si constat*, vel, quod addendum esse puto, credibile est, *uxorem*

rem cum marito quoque ita coiisse, ut partus non minus ex marito, quam ex adultero, conceptus esse possit. Huius limitationis veritatem VLPIANI responsum probat in *l. 6. D. d. his qui sui l. al. iur.* his verbis obvium; *sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet, maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente, vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.*

Haec verba, si constet maritum vel ob infirmitatem, vel propter aliam causam non concubuisse, simul indicant, nihil impedimento esse, quominus eiusmodi causarum iudici, quibuscunque fieri possit modis, fides fiat. Verbo. Tota res, quod ex his legibus, aliae enim non prostant, luce meridiana clarius apparet, eo redit, maritum existimandum esse patrem, nisi magis credibile sit, adulterum esse. Nec esse in probationis mediis quicquam immutatum, unumve vel alterum exclusum. Qui enim matris confessionem omnino reiiciendam esse putant, vehementer errant. In *d. l. 29. §. 1. d Probatt.* ad quam provocant, fit mentio matris iratae. Ex quo naturaliter consequitur, non iratae, qualis praesumi non patitur, confessionem non esse abiiciendam, praesertim, si eam non sponte, sed vel a iudice interrogata, vel iurisiurandi conditione ab adversario oblata, prodit.

Quam ob rem, si in nostra causa Maiansia marito suo infantem, quippe in coniugio conceptum, agnoscendum et alendum obtulisset, quis dubitaverit, Maiansio incubuisse, vel suscipere eundem, vel excipere, adulterinum esse, et hanc exceptionem probare. Quo ipso vero uxor partum ex mariti coitu procreatum in libello profitebatur, huiusque asserti causa iusiurandum

deferebat, excipiendi necessitatem marito eximebat, eiusque loco transactionem offerebat, ut vel concederet petitioni, vel iuraret. Maritus contra eligendo iurandi conditionem, cui nullam legem obstare probavimus, transactionem sibi oblatam accipiendo perficiebat, et hoc ipso ius acquirebat, ne a Principe quidem, nedum a Iudice ullo iuris obtentu eripiendum. Quibus adeo, si quid video, conficitur, damnatoria mariti sententia utrumque dicasterium a vero aberrasse.

Praesertim, quod in re praesente non infantis conditio, legitimus an ex damnato coitu natus videretur existimandus, eius alendi potius obligatio, marito, an uxori, incumbat, obiectum decisionis esse apparebat. Quae qualiscunque pro re nata necessaria videbatur, secundum notissimum illud, non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri *l.* 74. *D. d. R. I.* infanti damnosa esse non poterat. Neque idoneam dubitationem movere valebat criminale iudicium, pro ratione sententiae condemnatoriae insertum, in quo absolutoriam uxor sententiam retulerat. Scilicet haec ex suspicionis defectu contigerat, ut adeo obstare iuriiurando ab uxore sua sponte oblato non potuerit, multoque minus iure per eius acceptationem quaesito maritum destituere.

RESPONS. XLIV.

Professio paternitatis a matre facta huic nocet, infanti non omnino.

Quemadmodum delicta carnis, naturae quippe animali consentanea, inprimis frequentia prodeunt, quoniam effectus in ciuitate vario respectu damnosos patiuntur, nulla facile in re quam in occultandis iis cogitationes hominum studiosius occupari conspicimus. Hinc frequentissimae conventiones, quibus enixae, quem heri genitorem nunciauerant, falso accusatum esse profitentur, et mox insecutae actiones, quibus sibi egestate pressis illam professionem vili pretio elicitam et extortam conquerentes, vt filium agnoscat et alimenta praebeat, eundem euocant.

Quo quidem facto, si nihil affert, ex quo vim sibi illatam esse appareat, matris petitionem inutilem pronunciamus. Haec enim eorum, quae gesta fuerant, bene gnara, quum dolum obiicere non possit, et nosse debeat, ad iura remissa regressum non patere, inductionem sponte perpessa sibi imputare debet.

Infantis vero, quum, ne fame pereat, alimenta capere intersit, conditio matris professione non mutatur. Si iuris quidem regula non patitur, alteri iniquam ab altero inferri conditionem. Vt, si tutor infantis matris pacto cum reo accesserit, ipse quidem suum impugnaturus factum non admittatur, alius vero, hoc dimisso, ad vindicanda infantis iura tutor constituatur. Modo hic secundum *l.* 29. *§.* 1. *D. d. Probatt.* falsam matris professionem, et, quem petit, verum patrem esse, probare, vel, si alia probandi media desint, quod in praeced. resp. euicisse mihi videor, iu-

risiurandi conditionem assumto parenti eiusue heredi offere valeat.

Menſ. Iul. 1795. anni eiusmodi lis coram Senatu Querfurtenſe acta noſtro iudicio ſubmittebatur. Scilicet actoris haec erat narratio: Pupilli tuendique ſui matrem P. ante aliquot annos cum F. nunc defuncto quotidie rem habuiſſe, ex eaque conſuetudine pupillum prodiiſſe: Matrem, vt amico morem gereret, eumque ab opprobrio et poena liberaret, nullum ſibi ius agendi eſſe, inſtrumento ſignificaſſe, aliumque ſimulando patrem infantis nominaſſe: His iſta geſtis F. privatim infantem filium ſuum agnouiſſe, ac, donec vixerit, eius alendi cauſa matri quotannis quatuordecim ioachimicos numeraſſe. Ob eamque rem actor F. haeredem aggrediebatur petendo, vt eandem cum defuncto obligationem agnoſceret, et, quae pupillus neque ſibi dum comparare, neque a matre inope impetrare poſſit, alimenta ſuppeditaret. Ceterum, vt dictis fidem faceret, iusiurandum deferebat.

Haeredis exceptioni, conſcientiam ſuam matris profeſſione defendi, ſubſcribere vix dubitaueris. Videlicet, quae a tutore proferebantur ex matris narratione deſcendebant. Cui falſiloquium profeſſae quoniam fides non habetur, non inique exiſtimaueris, aeque minus eius narrationi iusiurandum calumniae a tutore praeſtandum poſſe ſuperſtrui.

Quoniam vero hoc ipſum, vt falſiloquo fides non habeatur, eſt poena falſiloquii, quoniam poena delinquenti inhaeret aliumque delicti haud participem non tangit, quoniam verum eſſe poteſt, cui in iure fides non habetur, eandemque ob cauſam haec iuris fictio tutoris conſcientiae vim facere nullam poteſt, quoniam denique ad remouendum calumniae opprobrium hoc

hoc vnum requiritur, vt iusiurandum deferens se credere, vera esse, quae protulerit, sua religione euincat, ipsamque veritatis definitionem aduersarii conscientiae relinquat, tutoris petitioni concedere non dubitauimus.

Ipsam sententiam tene his verbis conceptam: *Dieweil der Mutter Aeusserungen ihr zwar selbst, nicht aber deren Kinde zum Nachtheile gereichen, und wohl geschehen seyn kann, dass die bes. Fol. 22. gethane Erklärung auf die Fol. 28. sq. angegebene Weise, sowohl eben hierdurch die bes. Fol. 3. derer beygelegten Akten* sub P. *gethane und an sich unwahrscheinliche Aussagen veranlasset worden; Denen Rechten nach aber vielmehr auf das in der That geschehene, als zum Scheine vorgegebene das Absehen zu richten; So wie im übrigen Bklte durch die verneinende Beantwortung* sub no. 1. fol. 18.*der Ausflucht, es habe Kls Pflegbefohlnen Mutter ausser Beklter Erblassern mit mehreren Personen den Beyschlaf gepflogen, sich selbst verlustig gemachet, so ist, wenn Kl. den über den* 1. 4. 5. *und* 6*ten Abschnitt der Antwort. Fol.* 18 *sq. ihm zurückgegebenen und angenommenen Haupteyd* de credulitate, *nebst dem für Gefährde leistet, Beklagte demselben zu Unterhaltung dessen Pflegbefohlenen von Zeit der erhobenen Klage an gerechnet, so lange, bis er sein Brod selbst zu verdienen vermag,* 14 *Rthlr. alljährlich zu bezahlen, auch die durch diesen Prozess verursachten Unkosten zu erstatten schuldig. V. R. W.*

RESPONS. XLV.

Mortuo patre ſui iuris eius liberis alimenta mater, eaque inope, aui ex vtraque parte aequo iure debent.

Si conſenſus interpretum, et praeiudiciorum copia, ius facerent, propoſita quaeſito vix dubia eſſet. Siquidem, quos, miſſis compluribus aliis, nominaſſe ſufficiat, Carpz. *P. II. Conſt. X. def.* 24. Lauterb. *ad Pand. Lib. XXV. Tit. III.* §. 15. Menken. *ibid.* §. 9. et hos ſecuti Hommel. in *Promtuar. ſ. v. alimenta num.* 1. nec non 10. Chr. Conr. Schroeter. in *Repertor Iur. Vol.* 1. *ſub ead. voc. num.* 25. ad alendum patris defuncti filium, praeſertim legitimum, prae aliis omnibus, auum paternum obſtringi aſſerunt. Huiusque aſſerti vt fidem faciant, ad *l.* 5. *et* 8. *D. d. agnoſc. et alend. lib.* prouocant. Quo iure, videamus.

In aprico eſt, Marcellvm in *l.* 8. mentionem facere nepotis, ſimul cum patre defuncto in patria poteſtate aui conſtituti, quem cum filio ſimul alere dum oportebat, neutrius mors ab onere ſuperſtitem alendi liberare poterat. Scimus enim, Romanorum iure, nuptias filium per ſe patriae poteſtati non exemiſſe, quae, prout non ſpernenda patri, ex ficta perſonarum vnitate potiſſimum profecta, commoda tribuit, ſimul alendi, certe, quod alimentis deeſt, ſupplendi, neceſſitatem imponit. Alia omnia noſtris, quos a maioribus accepimus, moribus. Quos nimirum ſcimus ex facultate filii adeo ſe exhibere validi, vt ipſe familiam, iuris intellectu, quem ex *l.* 197. §. 2. *D. d. V. S.* cognoſcimus, inſtituere poſſit, (quod ſeparatae oeconomiae inſtitutionem noſtrates nominant) patris in reſolutionem patriae poteſtatis conſenſum, adeoque virtualem emancipationem inferre.

Verum

Verum enimuero nepotis patriae poteſtati aui ſubiecti conditionem longe ab ea diuerſam eſſe, qua vtitur, qui ipſa ſui patris morte ſui iuris fit, non ſolum res ipſa loquitur, ſed VLPIANVS etiam in *d. l.* 5. profitetur. Illum, quod vidimus vt alat, patria poteſtas auum paternum obligat, hic, ne fame pereat, curent, quos aequitas et ſanguinis caritas, (ipſis ICti verbis vtor) idque, vt cum Philoſophis loquar, in abſtracto, neutiquam in concreto, admonet. Vt tantum, ſi lis propterea moueatur, iudex ſimul facultatum, aetatis, valetudinis et, quae circumſtant, aliorum rationem habeat.

Aequitas vero et ſanguinis charitas ipſam profecto matrem fortiſſime obſtringunt. Hanc ei, ne respublica ciuibus egeat, natura dedit, illa itidem ob gradus propinquitatem, et, quod non plane praetereundum eſt, commodum ſucceſſionis, primo loco eandem euocat. Vt ex hoc ipſo, quod ICtus proponit, decidendi principio, matrem, niſi vires deſint, vt liberos ſuos exhibeat, vnice deuinctam, neque contrarium ex *Deciſ. Sax. XXVIII. d. a.* 1746. inferendum eſſe iudicem, quae, dum eandem, patre mortuo, ad alendum filium ſpurium principaliter obligat, noſtram quaeſtionem intactam relinquit, nihilque adeo noui de ea ſtatuit.

Nec, ſi mater ſubſidiis ad hanc rem neceſſariis egeat, materno auo paternum fortius obligatum duco. Noſtro potiſſimum iure, quod legitimae ſucceſſionis commodum agnatis cognatisque ſecundum gradus propinquitatem aequale tribuit. Vt, ſi vterque ad ferendos eiusmodi ſumtus bonis inſtructus reperiatur, vtrumque aequa lance huic oneri ſubiiciendum eſſe iudicem. Quam iudicandi rationem, probatiſſimae doctrinae non deſunt, qui aſſenſu ſuo ſuſtineant. Nomino, quoniam argumentis, non auctoritatibus, certandum eſſe

reor,

reor, praeter IOANN. VOET. *in Commentar. ad Pandect. Lib. XXV. Tit. III.* §. 6. *sq.* tantum WERNHER. in *Manual. Pandect. d. Tit.* §. 4. *et* IVST. HENN. BOEHMER. *Indroduct. in Ius Digestor. eod. l.* §. 9. Praeterea disputant, si alimenta ab aliis praestanda sint, liberorum educatio, hoc nihil impediente, matri relinquenda, an, qui expensas ferunt, iis petentibus committenda esse videatur. Qui pro matre laborant, ad *Nov. CXVII. cap.* 7. prouocant, quae, si diuortium mariti culpa factum est, liberos in matris domo versari et ab ea, patre sumtus suppeditante, educari iubet, nec non ad *l.* 1. *C. vbi pupill. educ. deb.* quae matri inprimis committendam esse educationem constituit. Denique ad Tit. D. vbi *pupill. educ.* etc. quo docemur, non semper, qui sumtus ministrat, eidem personam committi.

Verum his omnibus res non conficitur. In *d. Tit. Digestor.* et in *d. l.* 1. *C.* subest pupillus, ex cuius patrimonio alimentorum sumtus depromi, et a iudice decerni possunt. Et *d. Nov.* exemplum singulare, a nostra causa alienum, ante oculos habet, si patrem quidem superstitem alimentis obnoxium, nos contra, nullis relictis bonis defunctum ponimus. Dein per se iniquum est, auum ad expensas alimentorum causa obligare, simulque veniam praebendi alimenta naturalia denegare. Quam ob rem quotidie cernimus, patri filium spurium ablactatum ad se recipere volenti, post habita matris sumtus alimentorum petentis contradictione, hoc permitti, si non infanti perniciosum fore iudici videatur. Forte, si pater non sedem fixam, vel non instructam oeconomiam habeat, vel ob vitae genus leuitatis quadam nota laboret. Quam ob rem, si talia non obstant, auo ad alendum obligato, ad recipiendum et educandum nepotem, a mammis matris dimissum, parato, in regula concedendum esse, si quidem *tit. vbi pupill.*

pupill. morar. hanc rem arbitrio iudicis committit, ſtatuo. In hunc modum eiusmodi litem a Praefecto Illmenau. ad nos delatam dirimere anno 1796. non dubitauimus.

En verba ſententiae:

Nunmehro aus denen Akten ſo viel zu befinden, daſs Bekl. zur Unterhaltung der von ſeinem verſtorbenen Sohne mit Klin erzeugten Tochter wöchentlich 16 gr. fernerhin zu entrichten nicht ſchuldig; Sondern es iſt Klin zu Erhaltung einer gleichmäſsigen Summe, als ſie zeithero von Beklagtem empfangen, an ihren Vater den fol. 206 *erwähnten* N. N. *zu verweiſen, und ſind, wenn ſolches geſchehen, nach Ablauf der dazu erforderlichen Zeit, die Unterhaltungskoſten zwiſchen letztern und Bekln zu vertheilen; Es wollte denn dieſer ſeine Enkelin in eigne Verpflegung nehmen, welchen Falls Klin wieder denſelben gerichteres Suchen ſchlechterdings nicht ſtatt hat. V. R. W.*

Adiect. ratt. *Ob wohl mehrere derer bewährteſten Rechts-Lehrer, ſ. Carpz.* ad Conſt. X. P. II. def. 24. *Lauterb.* ad Pandect. Lib. 25. Tit. 3. §. 13. *Mencke* ad easd. ibid. §. 9. *und andere, unter Beziehung auf ausdrückliche Geſetzſtellen, daſs nach Abtrag des vor allen andern zur Unterhaltung derer Kinder verpflichteten Vaters dieſe Verbindlichkeit vielmehr denen Ureltern väterlicher Seite, als der Mutter und deren Aeltern obliege, zu behaupten ſuchen, und, da ſie dieſes ſogar auf uneheliche Kinder ausdehnen, es bey ehelichen um ſo weniger für zweifelhaft geachtet werden möchte; Eben ſo wenig auch Bekltens auf Aushändigung des Kindes zu eigner Verpflegung gerichtetes Suchen rechtlichen Beitritt zu verdienen ſcheinet, da ſich ſelbſt zu erhalten unvermögende Perſonen unter der Obrigkeit Schutze vorzüglich ſtehen, dieſe aber Kinder der Verpflegung der Mutter, welche der natürlichen Neigung nach deren Wohlfarth in der Regel am eifrigſten zu befördern ſuchet,*

nach

nach rechtlicher Vermuthung am vortheilhaftesten überlassen; auch aus diesem Grunde die Rechte ausdrücklich die Verpflegung anderen Personen und wieder anderen die Vermögens-Verwaltung und Bestreitung derer Kosten übertragen, l. 1. vbi pup. educ. vel morar. deb. *Wie denn auch die der Klin von Beklagtem beygemessene übertriebene Gemächlichkeit und Unsittlichkeit durch die derselben günstige Zeugnisse* fol. 201. *ff. gnüglich widerlegt worden.*

Dennoch aber und dieweil erwogen werden muss, dass die von oberwähnten Rechts-Lehrern angezogenen Gesetzstellen bey genauer Einsicht weit mehr zum Beweise des Gegentheils, als dessen, was aus selbigen dargethan werden will, dienen: Da es offenbar ist, dass l. 8. d. agn. et al. *von Enkeln handelt, die nebst ihrem Vater sich in des Grosvaters väterlicher Gewalt befinden, mithin in diesem Falle der Grund der Verpflichtung in der väterlichen Gewalt liege; Dagegen nach wörtlichen Inhalte der* l. 5. §. 1. sq. eod. *bey* Descendenten *die nicht unter väterlicher Gewalt stehen, die Billigkeit und Nähe der Verwandschaft nebst der aus der letztern erwachsenden Vermuthung vorzüglicher Zuneigung die Verbindlichkeit zur Unterhaltung wirken, und eben desswegen die Mutter vor allen anderen, deren Vater aber nicht weniger, als den väterlichen Grossvater verpflichtet, sowohl zugleich auf die Vermögens- und Gesundheits-Beschaffenheit nurgedachter Personen Rücksicht zu nehmen den Richter veranlasset, welchen Maasstab der Entscheidung* l. 11. C. d. Negot. gest. l. 3. C. d. alend. liber. et parentt. l. un. C. diuort. fact. *und* Nov. 117. cap. 7. *gleichfalls gnüglich bestätigen, und demselben* ad tit d. agn. et alend. lib. IOAN. VOET. in Commentar. §. 6. sq. WERNHER *in* Manual. Pandect. §. 4. *ingleichen* IVST. HENN. BOEHMER in Introduct. in jus digestor. §. 9. *beypflichten; Wie denn überdenn bey gleichen Vermögens-Verhält-*

hältnissen das der Mutter geeignete commodum succes-sionis *deren Verbindlichkeit gegen die des Schwiegervaters noch verstärket; Und wenn schon allhier Klin, da sie nach Ausweisung derer Akten keine oder doch geringe Ausstattung empfangen, auch aus ihres Ehemannes Nachlasse wenig erhalten, mithin, jemehr ihr das gerichtliche Zeugniss* fol. 100. *beytritt, des Gegentheiligen Widerspruchs ungeachtet für eine unvermögende Person auch ohne eydliche Bestärkung anzusehen ist; Da gleichwohl dem Anführen, dass deren Vater sich in vortheilhaften Umständen befinde, nicht widersprochen worden, die erfolgte Entscheidung in Betref der erstern Beschwerde durch die angez.* l. 5. d. agn. l. al. etc. *für genugsam gerechtfertiget zu achten? Und was die andere anbelangt, ausser dem in der* Nov. 117. cap. 7. *enthaltenen, auf den gegenwärtigen nicht passenden Falle, die Rechte, die Verpflegung des Kindes der Mutter, wenn es aus eignen Vermögen unterhalten werden kann, zueignen, dagegen die zur Unterhaltung verpflichtete Person die* Natural-*Verpflegung, wenn daraus für das Kind nichts nachtheiliges zu besorgen ist, wie allhier keinesweges zu behaupten, nach der Natur der Sache mit Recht fordert, dieses auch der beständige und gleichförmige Gerichtsbrauch sattsam bestätiget, so ist* etc.

Praemissa tractatio in eo occupata fuit, vt, demonstraret, quibus potissimum personis praeter patrem incumberet infantes alendi necessitas. Et prout insigne studium aequitatis, eiusdemque sensus insignis ex singulis romani iuris, praesertim digestorum, capitibus elucet, hanc etiam, profecto humanissimam, obligationem, quod ex saepius laudata *l. 5. d. agnosc. et alend.* cognoscimus, mutuam esse voluit, iisdemque liberos nepotesque obstrinxit officiis.

RE-

RESPONS. XLVI.

Qui parentes alit, impensas propterea factas regulariter frustra repetit.

Patrem, eoque defuncto vel misero, matrem potissimum ad alendos infantes obligari, videor mihi Respons. praeced. probasse. Haec obligatio an mutua sit, audio, qui iure naturae subdubitant. Partim, quia, infantes quod attinet, id quidem necessitas exigit, ut ultra hominis aetatem mundus perduret. Quam ob rem Deus huius rei studium non hominis modo, sed animalium caeterorum omnium naturae indidit. Nequaquam vicissim. Hinc, descendere magis, quam ascendere, amorem, circumfertur.

Vel in civitate ad alendos cives de republica bene meritos, senesque, ob imbecillitatem ad inopiam redactos, ipsa civitas fortius, quam familia, censeri possit obstricta. Vt vero taceam, fortiorem vix cogitari obligationem posse, quam iis habendam, quibus intermediis praeter ens nostrum naturale, simul morale debemus, ingratissimi profecto et vere servilis animi esset, qui parentes alendi opportunitatem sibi oblatam non appetendam potius existimaret, quam fugiendam. Et quoniam e re publica est, ad virtutem cives invitare, eamque iis conspicuam proponere, non miramur, iuris romani conditores alendi obligationem mutuam esse voluisse, prout ex *l. 5. §. 1. D. d. agnoscend. et alend. etc.* intelligimus.

LEYSERVS in *Specim. 325. Medit. 4 et 6.* sibi ipsi contradicere videtur, dum illic matri liberorum locupletium altrici repetendi animum adscribit, hic alimenta, si ali-

si aliunde haberi potuissent, donata praesumit. Est vero, quod sententia ultimae observationi illustrandae adiecta significat, utriusque conciliandae ratio haec, ut videamus, receptor ad alendum obligatus fuerit, an minus, eique si illud, repetendi veniam tribuamus, sin hoc, denegemus. Quemadmodum durius obligari scimus, qui gerendo negotio se obtulit, cui suscipiendo alium paratum esse noverat.

Ecquis enim, patre defuncto, matris principem esse negaverit liberos alendi educandique obligationem, quos in convictum eius ipsa natura dedit. Quam ob rem si officio suo satisfecit, existimanda non est, liberis, qui opibus unde se ipsos exhibere valent, instructi sunt, impensas remittere voluisse. Vt potius, quoniam patriae potestatis commoda matri negantur, et fructuariam antiquae Germaniae tutelam certe in civibus ius nostrum respuit, a iudice tutelari iure suo postulet, ut impensae adhuc factae ex pupillari substantia restituantur, certaque pecunia sibi quotannis solvenda decernatur, quae pro modo facultatum ac dignitatis, sumtibus in futurum ferendis suppetere possit, *s. Vormundsch. Ordn. v. J. 1782.* Cap. XII. *§ 3. und 6.*

Qui vero inopem cognatum, vel extraneum, sponte suscipit, nemini facile eodem commodo mactandus videbitur. Ille nimirum, quia negotium vel non omnino, vel omnino non ad se pertinens subiit, neque rempublicam ad satisfaciendum, neque ceteros cognatos ad conferendum, re peracta, sibi obstrinxit. Vt potius ab initio incubuerit, pauperem susceptum reipublicae alendum tradere, vel, quos eodem secum vinculo obstrictos putaret, ut oneris partem suscipiant, convenire. Quod, quia intermisit, remisisse censendus est.

Neque existimo, meliorem esse conditionem filii, qui, quum plures liberi superessent, inconsultis iis parentes, plane inopes fuerint, an minus, ut secum versarentur, et in convictu essent, recepit. Negas, quia liberorum omnium, praesertim, si opibus iisdem gaudent, obligatio par est, et quia donandi animus non patitur praesumi. Sed quanquam haec largior, ut consecutionem in re praesente admittam, a me impetrare non possum. Nimirum, quod parentibus gratis datur, retribuitur potius, quam donatur. Et quae in donationem simplicem cadunt, ut quodammodo, quod exemplo sit, iudiciali insinuatione indigeat, ut ob quasdam causas revocari patiatur, et quae sunt id genus alia, remuneratoria donatio omnia respuit. Quidni adeo praesumtionem donationis admittat? Praesertim, quia voluptas, quam ex grati animi sensu eiusque conscientia generosi plane singularem percipiunt, et conversationis deliciae, quod redditum est, et reddi potuit, abunde compensant. Mitto rei domesticae curam, quam certe partim eiusmodi parentes inire solent, quae propter fidei puritatem mercedis loco aestimari meretur.

Vt si parentes opibus valentes gratis alere filius nolit, praevio contractu opus esse putem, sin minus, conventione cum fratribus ineunda, qua reliqui vel contributionem aere praestandam, vel alternis vicibus ipsam commorationem et convictum suscipiant, quo arbitrio eos privare nefas.

Quam ob rem quum his ipsis diebus nobis eiusmodi controversia coram Senatu Lichtensteinensi agitata proponeretur, qua frater ob matris cohabitationem et convictum per aliquod annos in domo sua perceptum, post eius mortem, ut partem pretii horum commodorum sibi solveret, sororem convenerat, agendi ius nullum

nullum esse ob causas modo expositas iudicare non dubitavimus.

His quidem verbis: *Dieweil Kinder, wenn sie keine Nahrung von ihren Aeltern erhielten, Hungers sterben müssten, und eben deswegen, wenn sie gegen selbige die in ihrer Kindheit und Jugend empfangenen Wohlthaten erwiedern, dass sie es aus Dankbarkeit, nicht aber in der Absicht, einige Vergütung dafür zu empfangen, gethan, die rechtliche Vermuthung um so mehr wider sich haben, je mehr sie im Falle der Dürftigkeit dazu sogar in Rechten verpflichtet sind; Welches alhier, da Kl. sogar selbst anführet, dass ihm seine Mutter in der Wirthschaft Handreichung und Unterstützung geleistet habe, um so weniger Zweifel unterworfen ist; Und wenn derselbe in der That Willens gewesen seyn sollte, des erforderlichen mehrern Aufwands halber von Beklagter, als seiner Schwester einen Beytrag in Gelde zu verlangen, er ihr solches gleich Anfangs eröfnen und sie in Stand setzen sollen, durch abwechselnde Uebernehmung der* Natural-*Verpflegung sich dieser Beschwerde zu entledigen, als welche Wahl er derselben zu entziehen nicht vermocht; Oder von der verstorbenen Mutter selbst sich eine gewisse Vergüthung versprechen zu lassen, welches beydes er zu thun verabsäumet: So hat Kls. Suchen nicht statt; es sind jedoch die auf diesen Procéss verwandten Unkosten gegen einander aufzuheben.*

RESPONS. XLVII.

Legitimationem per subsequens matrimonium nobilitatem Germanorum iure non restaurare.

Quod accidit in pluribus iuris articulis Germaniae nostrae, vt peregrinorum iurium Romani puto et Canonici receptione ab antiquis consuetudinibus et placitis recesserint, id etiam in hac a nobis proposita quaestione, si qua fides habenda est interpretibus, quodammodo contigisse videtur. Siquidem permultos videas haud dubios affirmare, legitimationem per subsequens matrimonium, restaurare nobilitatem, ANDR. TIRAQVELL. *d. Nobilit. Cap. 14. n. 21.* GONZAL. TELLEZ *ad Decretal. L. IV. Tit. XVII. C. 1. n. 9.* CRISTPH. BESOLD. *Dissert. II. d. Iur. et Ordin. Ciu. Cap. XI. n. 40.* PHIL. KNIPSCHILD *d. Nobilit. L. 1. Cap. VIII. n. 68. sq. et n. 85. sq.* PETR. FRITZ *in Concl. d. Nobilit. Ciu.* §. XX. not. i. et *k.* SEBAST. FESCH. *d. Iur. Insign. n.* 19. NIC. CHRISTPH. LYNCKER. *in Dissert. de Famil. Nobil. splendore th. IX.* nec desunt alii.

Scio quidem, quoniam naturalibus, id est, ex concubina procreatis liberis solus matrimonii honor deest, subuenisse Imperatores *l. 5. sqq. C. d. naturall. lib.* et cum iis Pontificem *cap. 1. X. qui fil. sint. legi* fictione, quasi nuptiae partum antecesserint, tribuendae potissimum legitimae successionis ergo. Neque ab iuris ratione abhorrent eiusmodi fictiones, prout ex iure postliminii aliisque id genus exemplis intelligimus. Et est aequissimum, famae existimationi vtilitatique liberorum innocentium fauere, iisque adeo nobilitatem paternam tribuere, ex qua incommodi vel detrimenti in alios nihil promanat. Idque eo magis, dum vel ad feudo-

feudorum paternorum ſucceſſiones legitimatos ex multorum locorum conſuetudine contra iuris communis rationem, contra ius, vel agnatis, vel ſimultanee inveſtitis pacto quaeſitum admitti conſpicimus, aliasque gentes ex ſolo patre nobilitatem deriuare, ob eamque rem vel ſpurios nobilium filios, nobiles habere, legimus, BOER. *Dec. 128. n. 21.* GVID. PAP. *Dec. 580. n. 3.* AZEV. *ad Conſt. Hiſp. L. V. Tit. VIII. leg. 10. n. 51. et conſ. 24. n. 27* ANT. FABER *Cod. L. IX. Tit. 29. Def. 20. n. 2. ſſ. et Def. 27. n. 12.* cui Gallorum illud reſpondet, *la verge annoblit.*

Quae quanquam ita ſunt, ſi quid video, non efficiunt, vt Germanorum iure per ſubſequens matrimonium legitimatis nobilium liberis tribui nobilitas patiatur. Nimirum primo ſcimus, fuiſſe Germanos ab omnis generis fictione adeo alienos, vt ne ſecerni quidem poſſe a dominio poſſeſſionem nec poſſeſſionem a dominio exiſtimauerint, ob eamque cauſam facta terrae in feudum oblatione, annalem domini poſſeſſionem, antequam fieret inueſtitura, duxerint neceſſariam, factaque oppignoratione, creditori dominium adſcripſerint, vsque dum debitor a pignoris nexu fundum liberauerit. Dein, Tacito teſte, caſtitatis ſtudioſiſſimi, venerem, praeter nuptias, ſummo odio perſequebantur, nobilitatemque in ſolos ex legitimo coniugio deſcendentes liberos transmitti patiebantur, quod IVS FEVD. SAX. *Cap. XXI.* et IVS PROVINC. *Lib. III. art. 72.* verbis *der Sohn behält des Vaters Schild und Adel zu Lehnrecht ſo ferne er ehelich gebohren iſt*, item *das ehelich und freygebohrne Kind behält ſeines Vaters Heerſchild* abunde probant. Nullamque nothorum eſſe in Germania nobilitatem agnoſcit CLAVD. FRANC. MENESTRIER *Cap. 1. du Blaſon de la Nobleſſe.* verbis *la baſtardiſe eſt entierement exclüe des preves de Nobleſſe d' Allemagne et de Pays-bas.*

Fuiſſe hanc iuris in Germania olim naturam concedis, eandemque romani iuris receptione immutatam contendis. Non eſſe tantam hodie illegitimi coitus inuidiam, agnouiſſe Germanos breuis manus et alias iuris fictiones, iisque non minus arriſiſſe per ſubſequens matrimonium legitimationem conſtare inter omnes, eoque minus apparere, quam ob rem legitimatis hiſce, legitimis ob iuris fictionem exiſtimandis, negetur nobilitas, quo magis obſtaculum remotum ſit, in poſſeſſione feudorum nobilium poſitum, quae, licet primis temporibus ſolis nobilibus ceſſerint, IVS FEVD. SAX. *Cap. II alle, die nicht von Rittersart von Vater, und von Aeltern Vater gebohren, die ſollen Lehnrechts darben.* IVS FEVD. ALAM. *Cap. I.* §. 4 hodie nullum fere ciuem excludere videas.

Habent haec argumenta, quod fateor, non parum roboris, me tamen, vt fictas manus tradam nequaquam mouent. Poſtquam enim obtinuit, in Germania non abrogandi, verum ſupplendi patrii iuris cauſa receptum eſſe Iuſtinianei iuris corpus, hoc principio id quidem effici exiſtimo, vt, quamuis de generali legitimationis per ſubſequens matrimonium receptione dubitare non liceat, inueſtigare tamen debeamus, an eosdem in Germania ſortiatur effectus, praeſertim, quoniam Germani legitimationem illegitimae libidinis odio auerſantur, prout legimus in IVR. PROVINC. SAX. *L. I. art. 97. wer eines Mannes ehelich Weib öffentlich behuret, oder ſonſt ein Weib oder Magd nothzöget, nimmt er ſie darnach zu der Ehe, eheliche Kinder gewinnt er nimmermehr bey ihr etc.* IVS. PROVINC. ALAM. *Cap. 371. gewinnet ein Mann einen Sohn unehelichen, den mag der Pabſt wohl zu einem Ehekind machen, und auch der Kayſer nach ſeinem Recht. Aber der Pabſt noch Kayſer mögen ihm das Recht nimmer geben, daſs ſie erben mit andern*

andern Magen, als ob sie in ihrem Mutterleib Ehekinder wären gewesen.

Vt, quanquam interpretes fere omnes, quorum sectas curate, copioseque recenset IOH. GF. CRAMER *de Nobilit. Auit. Cap. IV.* §. 2. nostro legitimationis genere restitui nobilitatem asseuerent, IOS. NOLDEN. *d. stat. Nobil. Ciu. Cap. VIII. §. IV. num.* 70 veritate rei permotus, de Germanis hoc affirmari non posse fatetur, simulque Germanos iniquitatis propterea redarguit. Modo laudatus CRAMER vir litteratissimus *cit. l. pag.* 195. iurium et praerogatiuarum nobilitatis auitae compotes fieri posse legitimatos negat, eosque adeo praeterea nobiles agnoscere videtur. Mihi vero rationi iuris Germanici magis videtur esse consentaneum, per subsequens matrimonium legitimatis nobilitatem omnino negare eorumque adeo vel trinepotes cum pro auis ex iustis nuptiis susceptos plebeios dicere.

Nimirum, quae tribuuntur cum legitimis aequalia legitimatis iura, ea sola esse existimo, quae ex ipso iure communi promanant. Nobilitatem vero iure ciuili tribui quis temere crediderit. Hanc vel ab antiquissimis temporibus per posteros propagatam vel, ab Imperatore in Imperio, Principibusue in ditionibus ac territoriis suis recens collatam esse scimus omnes. Docentque codicilli, quibus ob bene merita nobilitas confertur, eam recens in ordinem nobilium adscito, eiusque liberis legitimis natis tribui, idque aliquoties repeti, quo magis constare de seria voluntate possit. Quod quum priuilegium ex potestate maiestati reseruata promanet, extendi iuris communis fictione ad legimatos eo minus patitur, quo magis placita Germanorum vti supra vidimus, legitimatis repugnant. Vt mirer, RICCIVM *vom Landsässigen Adel Cap. II.* §. 8. ab illo nimio

nimio iuris peregrini ſtudio alienum in eadem opinione eſſe, vt legitimatione per ſubſequens matrimonium reſtitui nobilitatis iura putet. GONZAL. TELLEZ. *cit. l. n. 10.* quod in teſtamento filio primogenito ex legitimo matrimonio nato legatum ſit, naturali primogenito legitimatoque negat, et ſecundo genito legitimo deberi ait, quaſi maior ſit teſtamenti ſanctitas, quam codicillorum Imperatoris, aliusue Principis. Equidem, etſi vberrimam copioſiſſimamque noui hanc materiam, libello ſuffecturam, quid ſentiam, his breuiſſimis declaraſſe, ob loci ac temporis anguſtiam acquieſco.

Finis

Partis Primae.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bauer, Heinrich Gottfried,

Responsa ad quaestiones ex iure vario, civili imprimis feudali et iudiciario dubias per sententias a Collegio Ictorum Lipsiensium latas illustrata
Bd.: 1

Lipsia 1801

Decis. 9 n-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396471-0